THÈSE DE
POITIERS.
1889
N°. 5.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

THÉORIE GÉNÉRALE

DE LA DATION EN PAIEMENT

EN DROIT ROMAIN

ET

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Marcel GUIMBAUD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

(Concours de Licence, 1884, 1885, 1886)

LAURÉAT DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT (1886)

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1889

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547325_0035

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE

BAR-LE-DUC

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

THÉORIE GÉNÉRALE

DE LA DATION EN PAIEMENT

EN DROIT ROMAIN

ET

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 4 Juillet 1889

PAR

Marcel GUIMBAUD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

(Concours de Licence, 1884, 1885, 1886)

LAURÉAT DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT (1886)

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1889

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

MM. Thézard (I ✪), Doyen, professeur de Code civil.

Ducrocq (✻ I ✪), Doyen honoraire, professeur honoraire, correspondant de l'Institut.

Arnault de La Ménardière (I ✪), professeur de Code civil.

Le Courtois (I ✪), professeur de Code civil.

Normand (I ✪), professeur de Droit criminel.

Parenteau-Dubeugnon (A ✪), professeur de procédure civile.

Arthuys (I ✪), professeur de Droit commercial.

Bonnet (A ✪), professeur de Droit romain.

Petit (A ✪), professeur de Droit romain.

Barrilleau (A ✪), professeur de Droit administratif.

Brissonnet (A ✪), professeur-adjoint, chargé du cours d'Économie politique.

Surville, agrégé, chargé du cours de Droit international privé.

Didier, agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du Droit français.

M. Coulon (I ✪), secrétaire, agent comptable.

COMMISSION.

Président : M. Le Courtois, professeur.

Suffragants : MM. Thézard, doyen.
Bonnet, professeur.
Surville, agrégé.

THÉORIE GÉNÉRALE

DE LA DATION EN PAIEMENT

EN DROIT ROMAIN

ET

EN DROIT FRANÇAIS

BIBLIOGRAPHIE.

DROIT ROMAIN.

Accarias, *Précis de Droit romain.* 2 vol., 2e éd., 1881. Spécialement nº 691, t. II, p. 696.

Demangeat, *Cours élém. de Droit romain.* 2 vol., 3e éd., 1876. Spécialement t. II, p. 494 à 498.

Maynz, *Cours de Droit romain.* 3 vol., 4e éd., 1877, § 288, t. II, p. 551 et suiv.

Molitor, *Les Obligations en Droit romain.* 2 vol., 3e éd., 1876, nos 979 et suiv., t. II, p. 416 et suiv.

Puchta, *Pandekten.* 1 vol., Leipzig, 12e éd., 1877, § 240.

Wangerow, *Lehrbuch der Pandekten.* 3 vol., Marburg, 7e éd., 1869, § 583, t. III, p. 168 et suiv.

Glück, *Erlaüterung der Pandekten,* 1797-1879, 20e vol., p. 190-197.

Grande Glose, *sur la L. 4 C. de Evict.,* 8, 45.

Cujas, *Opera omnia.* Éd. Jabrot, 11 vol., Naples, 1722.

— Observations, XIX, ch. 32, III, p. 566.

— Traité sur Africain, *ad Leg. 47 de Evict.,* I, p. 1498.

— Comment. sur la L. 4 C. *de Evict.,* IX, p. 1294.

— *Expositio novellar.,* II, p. 1034 et suiv.

Duaren, *Opera omnia.* Lyon, 1 vol., 1684. — Sur la L. 4 C. *de Evict.,* p. 1626.

Doneau, *Opera omnia.* Rome et Macerata, 12 vol., 1828-1833.

— Comment. *de Jure civili,* L. XVI, ch. 9, t. IV, p. 756.

— Sur la L. 4 C. *de Evict.,* t. IX, p. 1459.

Favre, *Codex definitionum,* Titre *de Solut. et Liberat.* Genève, 1740, p. 1103.

— *De Erroribus.* C. Error. 7 à 9, Lyon, 1658, 2 vol. II, p. 789 et suiv.

Voet, *Ad Pandectas*. Ed. 1778, 2 vol. — Sur le titre *de Salut.*

B. Brisson, *De Solut. et Liberat.*, dans les *Opera minora*. Éd. Trekkel, Leyde, 1749, liv. I, p. 125 et suiv.

Pothier, *Pandectæ Justin*. Paris, 1752. T. III, p. 345 et suiv.
— Titre *De Solution*. 2e part., sect. I, art. 6, § 1, nos 62 et suiv.

Heimbach, Dans Weiske's Rechtslexicon. Leipzig, 1841, vo *Datio in solutum*, III, p. 244 et suiv.

Römer, *Die Leistung an Zahlungsstatt*. Tubingen, 1866.

Labbé, *De la garantie*, dans la *Revue pratique*, 1869, t. XIX, p. 558 et suiv.

Gide, *Études sur la novation et le transport de créances*, 1879, passim.

Accarias, *Théorie des contrats innommés*, 1866, passim.

Schliemann, *Die Haftung des Cedenten*. Rostock, 1850, p. 46 et suiv.

Thèses :
- De Ségogne. Paris, 1880.
- De Berly. Caen, 1884.
- Bisson. Paris, 1885.

DROIT FRANÇAIS.

Dumoulin, *Opera omnia*, 5 vol. Paris, 1681.

Pothier, *Œuvres complètes*, éd. Rogron et Firbach, 2 vol., 1830, notamment *Traité de la vente*, nos 601 à 607.

Denisart, *Décisions nouvelles*, éd. 1783, vo *Abandon.*

Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, 1784, vis *Dation en paiement*, *Retrait lignager*, *Lods et Ventes.*

Argou, *Institution au Droit français*, 2 vol., 10e éd.

Basnage, *Hypothèques*, partie II, ch. 7.

Renusson, *Subrogation*, ch. V, nos 21 et suiv.

Domat, *Lois civiles.*

Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, 4e éd., 8 vol.

Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, 9 vol.

Demolombe, *Cours de Code civil*, 31 vol., notamment *Traité des contrats et obligations conventionnelles.*

Duranton, *Cours de Droit français*, 1re éd., 22 vol.

Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, nouv. éd., 1885, 5 vol.

Laurent, *Principes de Droit civil français*, 33 vol.

Marcadé et Pont, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 13 vol.

Toullier et Duvergier, *Droit civil français*, 21 vol.

Troplong, *Œuvres*, notamment les *Commentaires sur le titre de la vente* (2 vol.) et *sur le titre des privilèges et hypothèques* (4 vol.).

Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, 3 vol. (1re éd.).

Mourlon, *Répétitions écrites*, 3 vol. (11e et 12e éd.).

Lyon-Caen et Renault, *Précis de Droit commercial*, 2 vol. 1884-1885.

Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, 6 vol. (1re éd.).

G. Demante, *Principes de l'enregistrement*, 4e éd., 1888 (1 vol. paru).

Dictionnaire des droits d'enregistrement, 6 vol., vo *Dation en paiement.*

de Ségogne, de Berly, Bisson, *Thèses.*

INTRODUCTION.

1. — Un débiteur ne peut s'acquitter envers son créancier qu'en lui fournissant la chose même qui fait l'objet de l'obligation. Ce principe, qui avait été posé par les jurisconsultes romains (L. 2, § 1, D. *De reb. cred.*, 12, 1; L. 16, C. *De solut.*, 8, 43), est admis aussi par la législation française dans l'article 1243 du C. civ. Le créancier, d'après ces textes, ne peut être contraint de recevoir une chose autre que la chose due; c'est cette chose qui doit lui être fournie, non une autre; il y a là un droit qui existe en sa faveur, et dont il ne peut dépendre du débiteur de le priver. Mais à ce droit, le créancier pourrait renoncer; il pourrait consentir à ce que l'obligation fût éteinte par la prestation d'un objet autre que l'objet primitivement dû. Quand un équivalent de la chose qui formait l'objet de la dette est ainsi fourni, on dit qu'il y a DATION EN PAIEMENT. La dation en paiement nous apparaît donc comme une *opération juridique aboutissant à l'extinction de la dette, grâce à la prestation d'un objet autre que l'objet dû, et cela du consentement du créancier.*

2. — L'expression dation en paiement est la traduction

littérale des mots latins *datio in solutum,* qui étaient employés par nos anciens commentateurs pour désigner l'opération dont il s'agit. Mais cette expression n'a rien de romain. Nous trouvons bien dans les textes de droit romain, *aliud pro alio solvere, rem pro re solvere, in solutum tradere,* souvent même *in solutum dare* (L. 45 pr., D. *De solut.,* 46, 3; L. 10, C. *Eod.,* 8, 43), mais jamais le terme *datio in solutum.* Cependant l'usage de cette expression ayant prévalu dans l'ancien droit et dans notre droit actuel, nous la conserverons.

Mais remarquons bien, et ceci est essentiel, qu'elle est beaucoup trop étroite, et qu'elle est loin d'embrasser toutes les hypothèses où il y a paiement d'un *aliud pro alio. Dare, datio* ont, dans la législation romaine, un sens technique, et se réfèrent uniquement à la translation de propriété ou à la constitution de droits réels. Or, supposons, par exemple, un débiteur de somme d'argent. Il pourrait obtenir sa libération, non seulement en transférant au créancier la propriété d'une chose autre que la chose due, ou bien en établissant un droit réel en sa faveur, mais encore en accomplissant un fait au profit de ce créancier, et il y aurait là un cas de dation en paiement. Il ne faut donc pas prendre le mot *dation* dans son sens technique, mais dans un sens très large, et comme synonyme de *prestation*[1]?

3. — Si nous recherchons l'intention des parties qui réalisent une dation en paiement, nous voyons qu'elle est double :

1° Elles veulent aboutir à l'extinction de la dette.

2° Elles veulent y arriver par la prestation d'une chose autre que la chose due.

[1] *Prestation en paiement* serait plus exact que dation en paiement; cela correspondrait assez bien à l'expression allemande *Leistung an Zahlungsstatt.*

On conçoit que différents procédés puissent être employés pour atteindre un pareil but. Le procédé qui se présente tout d'abord à l'esprit (et qui, historiquement, nous le verrons, a dû exister le premier) consiste à décomposer l'opération. Le créancier libérera le débiteur par un moyen quelconque : en droit romain, il lui aurait fait *acceptilatio;* chez nous, il recourra à la remise de dettes. De son côté, le débiteur transmettra la propriété de la chose qu'il donne en paiement, ou bien accomplira le fait, en considération duquel le créancier consent à le libérer. Par ces deux opérations, la dette sera éteinte et le créancier satisfait.

On peut concevoir encore qu'il intervienne entre les parties une novation. On remplacera l'obligation primitive par une obligation nouvelle ayant pour objet la chose que l'on veut fournir, le fait que l'on veut accomplir en paiement. Par là, l'obligation ancienne sera éteinte. Puis le débiteur exécutera l'obligation nouvelle, et ainsi le créancier aura obtenu la satisfaction dont il s'est contenté.

Un troisième moyen, plus compliqué, pourrait aussi être employé : il interviendrait entre le créancier et le débiteur une vente de la chose que l'on veut donner en paiement, et il y aurait compensation faite entre le prix d'aliénation et le montant de la dette primitive.

Les conventions sont libres; rien n'empêche les parties de recourir à l'un quelconque de ces procédés. Mais, le plus souvent, ce n'est pas ainsi que les choses se passent, et le créancier et le débiteur, qui font une dation en paiement, ne se préoccupent guère de toutes ces complications. Voici, en effet, dans quelles circonstances la dation en paiement se présentera généralement : un débiteur, lors de l'échéance, ne se trouve pas en mesure d'acquitter sa dette; par exemple, il n'a pas à sa disposition la chose qu'il doit fournir ou la

somme d'argent dont il est débiteur; il lui est très difficile et très onéreux de se procurer cette somme ou cet objet. Mais il possède une autre chose qui pourrait donner satisfaction au créancier, il la lui offre en paiement et celui-ci accepte. Quelle est ici l'intention des parties? Songent-elles à faire une vente, une novation, une remise de dette ou une *acceptilatio?* Pas du tout. On l'a soutenu cependant, et des auteurs ont interprété la volonté du créancier et du débiteur dans le sens soit d'une novation, soit d'une vente, soit d'un acte du créancier produisant extinction de la dette primitive. Nous aurons à réfuter ces théories. Bornons-nous à constater, qu'étant données les circonstances que je viens d'indiquer, telle n'a pas pu être la volonté des parties. La vente, la novation, tout d'abord, supposent la création d'un rapport juridique nouveau; si l'on dit qu'il y a vente, alors il faut admettre qu'entre le créancier et le débiteur, naîtront les relations d'un vendeur et d'un acheteur; si l'on admet l'idée de novation, il faudra reconnaître la formation d'une obligation nouvelle, qui pèsera sur le débiteur pendant un certain laps de temps, si court soit-il. Or, qu'a voulu le créancier? Réaliser sa créance, et rien de plus. Qu'a voulu le débiteur? Obtenir sa libération, et pas autre chose. Ni l'un ni l'autre n'ont jamais eu l'intention de créer entre eux un nouveau rapport d'obligation. — Et de même, pour aboutir à l'extinction de la dette, peut-on dire que le créancier accomplit un acte quelconque, une *acceptilatio,* une remise de dette? Nullement : il se borne à accepter l'offre que lui fait le débiteur de lui fournir une chose autre que la chose due; il permet au débiteur de se libérer par la prestation de cette chose, et voilà tout. Sans doute, il pourrait réaliser un acte libératoire, mais cela n'est pas nécessaire, et s'il ne l'a pas fait, la dette ne s'en trouve pas moins

éteinte par la prestation fournie par le débiteur et acceptée par le créancier, comme elle le serait par un paiement véritable.

Nous arrivons ainsi à dire que la dation en paiement, dans les circonstances où elle se présente ordinairement, doit être considérée comme *un paiement véritable*. Comme le paiement, elle tend à l'extinction d'une obligation existante; comme le paiement, elle aboutit à ce résultat par une satisfaction matérielle, procurée au créancier. Comme on l'a dit fort exactement, « l'analogie avec le paiement est « évidente, et c'est dénaturer les faits que de voir dans cet « acte si simple, si naturel, une opération compliquée comme « une vente suivie de compensation, ou une novation par « changement d'objet[1]. » Sans doute les parties, pour réaliser la dation en paiement, pourront recourir à l'un ou à l'autre de ces procédés; le créancier pourra corroborer la dation en paiement par un acte libératoire. Mais, en dehors d'une volonté nettement exprimée à cet égard, ou tout au moins résultant des circonstances, il faut interpréter l'opération dans le sens d'un paiement, sauf, bien entendu, les différences qui tiennent à la nature des choses.

4. — Nous allons nous demander si cette conception est bien celle du droit romain et de notre droit français, et, pour chacune de ces deux législations, nous étudierons successivement, dans trois chapitres distincts :

1° La nature de la dation en paiement;
2° Ses éléments et ses conditions;
3° Ses effets.

[1] De Ségogne, *Th.*, p. 4.

DROIT ROMAIN.

CHAPITRE PREMIER.

NATURE DE LA DATION EN PAIEMENT.

5. — Les commentateurs, nous l'avons déjà constaté, sont loin d'être d'accord sur la nature juridique de la dation en paiement dans la législation romaine. La difficulté vient de l'obscurité et du manque de précision des textes qui, au premier abord, paraissent même contradictoires. Nous les voyons appliquer aux solutions qu'ils donnent sur la matière des principes différents et opposés. Je ne crois pas cependant qu'il y ait antinomie véritable. Les jurisconsultes romains, on le sait, ne fournissent que des décisions particulières; c'est à propos d'un cas déterminé, d'une espèce spéciale qui leur est soumise, qu'ils donnent généralement leurs solutions. Il leur arrive fréquemment, à propos de leurs décisions, d'invoquer certains principes généraux, certaines analogies avec des situations voisines, principes souvent douteux, analogies souvent lointaines, propres à expliquer la décision d'une espèce, mais impuissants à rendre compte de toute une institution juridique. C'est ce qui s'est présenté pour la *datio in solutum :* s'agissant spécialement du cas où on a donné en paiement un objet corporel, à la place d'une dette d'argent, les textes, pour justifier certaines solutions spé-

ciales, par exemple, pour expliquer qu'il y a lieu à garantie, quand il y a éviction de la chose donnée en paiement, les textes, dis-je, invoquent l'analogie avec la vente : *nam hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet,* dit la L. 4, C. *De eviction.,* 8, 45. On a voulu conclure de là, qu'aux yeux des Romains, la dation en paiement constituait une véritable vente; or, rien assurément n'est plus inexact. Il faut se défier avec soin de ces formules générales, qui ne sont que des motifs à des solutions particulières, et il faut se garder d'y voir le fondement même de l'institution. Nous devons donc aller au fond des choses, et rechercher quelle a été la véritable pensée des jurisconsultes, sans attacher une trop grande importance aux formules qu'ils emploient pour les besoins de la cause.

C'est ce que nous allons faire pour la dation en paiement. Nous allons en déterminer la nature d'après la marche suivie à cet égard par la législation romaine, et aussi d'après les textes eux-mêmes. Nous constaterons que cette nature, aux yeux des Romains, est celle que nous avons déterminée *a priori,* d'après l'intention commune des parties, c'est-à-dire que la dation en paiement doit être assimilée à un paiement véritable. Après quoi, nous indiquerons les opinions contraires qui se sont produites sur ce point fondamental, et nous pourrons les réfuter alors plus facilement.

I.

6. — La dation en paiement n'apparut qu'assez tard dans la législation romaine, comme opération juridique distincte et indépendante. Ce n'est guère qu'au premier siècle de notre ère, 7 ou 800 ans après la fondation de Rome, que les juris-

consultes s'en préoccupèrent et cherchèrent à déterminer l'étendue et la portée de ses effets. A cette époque seulement commence véritablement son histoire; mais si, auparavant, elle n'avait pas encore une vie propre, les ressources de la pratique permettaient d'arriver à un résultat analogue à celui qu'elle produit.

7. — Nous ne remonterons pas jusqu'aux premiers âges du droit romain, à cette époque primitive et essentiellement formaliste, où toutes les opérations juridiques pouvaient, semble-t-il, se réaliser par un procédé unique, lequel suffisait à la fois à transmettre la propriété entre-vifs (*mancipatio*) ou à cause de mort (*testamentum per æs et libram*), à créer les obligations et à les éteindre[1]. Alors, en effet, les relations juridiques étaient peu fréquentes, le cercle des éléments du patrimoine était peu étendu, les obligations même ne portaient sans doute que sur des sommes d'argent. Le procédé consistant à se libérer au moyen de la prestation d'un objet autre que l'objet dû était vraisemblablement inconnu des débiteurs à court d'argent; la nécessité d'une pesée solennelle, même après qu'elle fut devenue purement fictive, ne se prêtait guère d'ailleurs à un pareil expédient.

8. — Mais peu à peu, les richesses s'accrurent, les relations se multiplièrent; les anciens procédés firent place à d'autres plus commodes et plus élastiques : la *stipulation*

[1] Cicéron (*De legib.*, II, 20, 21), et Gaius (III, 173-175) nous montrent de leur temps encore la forme *per æs et libram* employée dans certaines hypothèses spéciales pour procurer l'extinction d'obligations. Il est vraisemblable que c'était là le mode d'extinction originaire, d'après le principe célèbre que *Quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt* (L. 100, *De R. J.*, 50, 17. Cpr. L. 35, *Eod.*, L. 80, *De solut.*, 46, 3). Ce principe a dû être admis à l'origine dans toute sa rigueur; ce n'est que postérieurement et sous la pression de nécessités pratiques, que les Romains en écartèrent l'application.

permit, au moyen de la prononciation de quelques paroles, la création de toutes sortes de lien de droit ; l'*acceptilatio*, à l'inverse, permit de briser ces liens. A cette époque, le créancier était satisfait et la dette était éteinte par l'accomplissement d'une double opération : le débiteur faisait passer la chose due au pouvoir du créancier, puis intervenait l'*acceptilatio*, qui procurait au débiteur sa libération. Par là, je le crois, on pouvait arriver facilement à réaliser une *datio in solutum :* Un débiteur de somme d'argent, par exemple, le jour de l'échéance arrivé, n'a pas en sa possession la somme qu'il doit. Il va trouver son créancier et lui propose à la place un esclave, un fonds, dont la valeur est approximativement équivalente au montant de la dette. Le créancier accepte. Le débiteur lui transfère la propriété du fonds ou de l'esclave par *mancipatio*, puis l'*acceptilatio* vient libérer le débiteur : *Quod ego tibi spopondi acceptum ne habes? Habeo...* Les textes d'une époque postérieure nous montrent encore ce procédé employé dans l'hypothèse où une créance est donnée en paiement (Papinien, L. 9, *De præscriptis verbis*, 19, 5 ; Ulpien, L. 4, *De cond. causâ datâ*, 12, 4). Il ne paraît guère douteux que cela ne fût très généralement admis à l'origine. Peu importe d'ailleurs l'ordre dans lequel les deux opérations intervenaient. Les textes plus haut cités supposent que c'est l'*acceptilatio* qui a été accomplie la première. Je croirais volontiers que, dans la pratique ordinaire, c'est l'ordre inverse qui était suivi ; il est naturel de penser que le créancier exigeait que la transmission de la chose lui fût faite tout d'abord, et ne consentait à faire *acceptilatio* qu'après avoir été rendu propriétaire de la chose donnée en paiement. Quoi qu'il en soit, le résultat visé était atteint ; d'une part, le créancier avait reçu une satisfaction équivalente à celle qui lui était due ; d'autre part, le débiteur s'était tiré d'une situation embar-

rassée, et ne se trouvait plus dans les liens de l'obligation.

On pourrait objecter peut-être que le créancier n'a pas reçu exactement ce qui lui a été promis, et que, dès lors, le débiteur ne peut pas lui dire : *quod ego tibi promisi acceptumne habes?* Mais n'oublions pas qu'à Rome, la forme emporte le fond. Du moment que les paroles ont été prononcées, l'effet libératoire est produit, alors même que le créancier n'aurait rien reçu ; l'*acceptilatio,* qui permet de réaliser une remise purement gratuite de dette, doit, à plus forte raison, avoir efficacité dans une hypothèse où le créancier a reçu un équivalent de sa créance, équivalent qu'il a lui-même considéré comme suffisant [1].

9. — Si nous passons aux obligations nées *litteris,* et si nous admettons, ce qui paraît fort probable, bien que Gaius n'en parle pas, que ces obligations soient susceptibles de se dissoudre par la passation d'écritures contraires sur les registres du débiteur [2], il est possible d'imaginer un procédé analogue au précédent, grâce auquel on pouvait faire dation en paiement d'une dette de cette espèce. Après avoir fourni la chose donnée en paiement, le débiteur n'avait qu'à porter sur son registre qu'il avait payé la somme due. L'écriture seule suffisait à délier le débiteur comme elle avait suffi à le lier ; on ne tenait pas compte de ce qui s'était effectivement passé entre les parties.

10. — Le contrat *litteris,* la stipulation furent longtemps les deux seuls modes de contracter. Mais vint un moment où,

[1] La loi 19, § 1, *De accept.*, 46, 4, nous dit que l'*acceptilatio* produit effet, même s'il n'y a pas eu paiement. La pratique s'étant conservée à l'époque d'Ulpien de joindre une *acceptilatio* au paiement, il est permis d'en conclure qu'à une époque ancienne l'*acceptilatio* devait accompagner le paiement (c'est-à-dire la remise effective de la chose due), pour que la dette fût éteinte.

[2] Ortolan, n° 1685, III, p. 378.

par suite de l'extension de l'empire Romain et du développement du commerce, ces formes se trouvèrent insuffisantes. Primitivement, les modes de contracter étaient réservés aux seuls citoyens romains; or, les relations avec les pérégrins devinrent de plus en plus fréquentes. La stipulation, il est vrai, leur fut accessible (Gaius, III, 98), mais elle conservait toujours cet inconvénient grave d'exiger la présence simultanée des parties dans un même lieu, pour qu'elles pussent échanger les paroles solennelles (Gaius, III, 138). Pour certains contrats, particulièrement usuels et importants, il fallut s'affranchir de ces formes gênantes : de là, l'introduction des contrats *re* et *consensu,* les premiers produisant un effet obligatoire, par suite de la remise effective d'une chose, les autres en vertu du seul consentement. Et en même temps, une transformation s'accomplissait dans la transmission de propriété. A côté des anciens modes solennels vint s'en établir un autre très simple, la tradition, qui, pour certaines choses au moins, produisait un effet aussi plein que la mancipation ou la *cessio in jure.* Tous ces changements devaient avoir leur répercussion sur les modes d'extinction des obligations.

Les Romains, tout d'abord, se bornèrent à faire l'application de leur principe, que toute obligation doit normalement s'éteindre par le procédé même qui a servi à la créer (LL. 35, 100, *De R. J.*, 50, 17). Du moment qu'ils admettaient que la remise de la chose (*res*), indépendamment de toute parole solennelle, suffisait pour obliger le débiteur à la restitution de cette chose, ils durent logiquement admettre, comme contre-partie, que le débiteur serait libéré par la simple remise de cette chose, indépendamment de l'acceptilation. *Quum re contraxeriums,* dit Pomponius, *re solvi debet,* (L. 80, *De solut.*, 46, 3). D'autant mieux, comme le remarque

Paul (L. 47, *De obl. et act.*), qu'on doit se montrer plus favorable aux libérations qu'aux obligations.

Mais les jurisconsultes ne s'en tinrent pas là. Ils remarquèrent que tout paiement consiste en une *res*, en l'accomplissement d'une prestation. Pourquoi donc ne pas généraliser la solution donnée dans l'hypothèse d'obligation formée *re?* D'un autre côté, voilà un débiteur qui a remis la chose due à son créancier; pour une cause ou pour une autre, les parties ne font pas *acceptilatio*. Peut-être ne se trouvent-elles pas dans le même lieu, lorsque le créancier prend possession de la chose. Est-ce que l'obligation du débiteur va continuer de subsister, de sorte qu'il puisse se voir contraint de payer une seconde fois? Ce serait souverainement injuste. On admit donc que la remise effective de la chose due suffirait, dans tous les cas, à libérer le débiteur, alors même que l'*acceptilatio* n'aurait pas été accomplie.

11. — Je viens de supposer que c'était la chose due elle-même qui avait fait l'objet du paiement. Supposons maintenant qu'à la place de la chose due, qu'il n'a pas peut-être à sa disposition, le débiteur veuille en donner une autre; comment y parviendra-t-il? Il pourra recourir, sans doute, au procédé que j'ai indiqué plus haut, accomplir un acte translatif de propriété, puis se faire faire *acceptilatio*. L'*acceptilatio* ne pouvait éteindre que les obligations nées de la stipulation, mais on sait que la novation permettait de transformer toute obligation en obligation verbale; l'obligation, une fois renouvelée, il n'y avait plus qu'à en faire *acceptilatio* (§ 1, Inst., *Quib. mod. obl. toll.*, 3, 29).

Si les Romains s'en étaient tenus là, point ne serait besoin de faire une étude spéciale de la dation en paiement dans leur législation. La dation en paiement (comme le paiement lui-même, s'il se fût maintenu en son état primitif) n'aurait

pas été autre chose que l'un de ces *negotia* qui furent sanctionnés par la suite sous le nom de contrats innommés. Chaque partie, en effet, accomplit une prestation en vue d'obtenir de son adverse partie une prestation équivalente : le débiteur accomplit une translation de propriété (*do*) ou un fait (*facio*), en vue d'obtenir que le créancier lui fasse *acceptilatio* de sa dette [1]. Si donc les Romains n'avaient pas fait un pas de plus, l'étude de la dation en paiement ne serait rien autre chose que l'étude d'un chapitre particulier de la théorie des contrats innommés, et il n'y aurait pas à s'en occuper spécialement. Mais ils accomplirent pour la dation en paiement, quoiqu'avec plus d'hésitations peut-être, un progrès analogue à celui qu'ils avaient réalisé pour le paiement proprement dit.

Nous avons vu le paiement se dégager de l'*acceptilatio* et être suffisant par lui-même à procurer l'extinction de la dette ; de même et par analogie, on admit que la dation en paiement seule, c'est-à-dire la simple remise d'une chose autre que la chose due suffirait pour libérer le débiteur ; ne procure-t-elle pas, en effet, au créancier une satisfaction, sinon égale, au moins équivalente à celle qu'il retire d'un paiement véritable. D'ailleurs la manière de procéder que j'ai indiquée, indépendamment des formes qu'elle exigeait, et qui en rendaient l'emploi incommode entre présents, impossible entre absents, cette manière de faire présentait l'inconvénient commun à toutes les conventions, tendant à l'accomplissement de prestations réciproques de la part de chacune des parties. Elle nécessitait la réalisation de deux actes distincts et séparés, transmission de la chose au créan-

[1] L'*acceptilatio* est certainement un *factum;* mais au point de vue qui nous occupe, elle était assimilée à une *datio*. Accarias, *Contrats innommés*, p. 169.

cier ou exécution du fait, puis extinction de la dette par *acceptilatio*. Ces deux actes ne pouvaient évidemment être passés dans un même moment; ils devaient nécessairement se succéder dans le temps. Or il était à craindre que le créancier, après l'exécution du fait ou de la dation, ne se refusât à libérer le débiteur par l'*acceptilatio*. Sans doute, le débiteur alors pouvait avoir une *condictio ob rem dati*, ou simplement une *condictio sine causâ*, pour se replacer dans la situation antérieure. Mais ces actions toutes personnelles avaient des inconvénients sur lesquels je n'ai pas à insister ici [1], et dont le moindre était de ne pas répondre au but que le débiteur avait eu en vue, en réalisant le fait ou la dation, je veux dire obtenir sa libération.

12. — C'est pour éviter un pareil résultat et pour assurer le respect de la volonté des parties, que les jurisconsultes en vinrent à donner effet libératoire à la prestation même qui avait été fournie à titre de paiement. Mais ils ne procédèrent pas tous avec la même énergie, et nous avons à signaler ici une controverse entre les deux écoles fameuses des Sabiniens et des Proculiens.

L'existence de cette controverse est indiquée par plusieurs textes du Digeste (Paul, L. 44, § 4, *De obl. et act.*, 44, 7; Ulpien, L. 26, § 4, *De cond. ind.*, 12, 6, et L. 1, § 5, *De pec.*

[1] Cf. Accarias, *Contrats innommés*, p. 39 et suiv. et p. 42. Tout ceci suppose que les *condictiones*, fondées sur le principe que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, apparurent de bonne heure dans la législation romaine. Sans oser dire avec M. Accarias (*loc. cit.*, p. 175) qu'elles sont aussi anciennes que le droit romain, je crois pouvoir admettre qu'elles sont antérieures au système des exceptions (Ihering, *L'esprit du droit romain*, IV, p. 124 et note 189). Dans tous les cas, il faut laisser dans le domaine de la fantaisie pure, l'opinion de ceux qui attribuent à Juventius Celsus l'invention de la *condictio sine causâ* (Cf. Accarias, *Précis*, n° 873, II, p. 1162, note 2).

const., 13, 5). — Mais elle n'est connue que depuis la découverte des Institutes de Gaius, lequel, au § 168 de son *Commentaire III*, s'exprime de la manière suivante : « Tollitur « autem obligatio præcipue solutione ejus quod debeatur : « unde quæritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio « solverit, utrum ipso jure liberetur, quod nostris præcepto- « ribus placet : an ipso jure maneat obligatus, sed adversus « petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod di- « versæ scholæ auctoribus visum est. »

Ainsi, d'après les Proculiens, la dette n'était éteinte par la dation en paiement qu'*exceptionis ope;* pour les Sabiniens, elle était éteinte de plein droit, *ipso jure*. — On dit généralement que les Proculiens furent conduits à leur solution par cette idée que la dation en paiement implique un pacte de remise tacite de la part du créancier. Sans doute on peut admettre qu'en consentant à recevoir à titre de paiement, une chose autre que la chose due, le créancier fait remise au débiteur du montant de sa dette. Mais Gaius nous dit, remarquons-le, que d'après les Proculiens le débiteur, poursuivi en exécution de la dette primitive, pourra se défendre au moyen d'une *exceptio doli mali;* or, c'est l'*exceptio pacti conventi* qui est opposée quand il y a eu *pactum de non petendo* (Gaius, IV, § 116). Je sais bien que l'exception de dol est très-générale et peut suppléer l'exception de pacte (Cf. L. 27, § 5, *De pactis*, 2, 14). Mais, en admettant le motif proposé, il faudrait accuser Gaius d'avoir manqué de précision ; c'est là un reproche que l'on ne peut guère adresser à ce jurisconsulte. Il me paraît plus exact de dire que les Proculiens se laissèrent guider par cette considération, qu'il y avait dol de la part du créancier à exiger encore l'exécution de l'obligation, après avoir reçu une satisfaction équivalente à celle à laquelle il avait droit.

De là l'admission de l'exception de dol, pour écarter la prétention du créancier.

13. — Pour les Sabiniens, une exception n'est même pas nécessaire ; du moment qu'il y a eu satisfaction fournie, c'est comme s'il y avait eu paiement : le débiteur est libéré de plein droit. C'est donc à raison de l'analogie de la *datio in solutum* avec le paiement, que les Sabiniens furent conduits à dire qu'elle éteindrait la dette *ipso jure*.

On peut faire remarquer d'abord, à l'appui de cette idée, que Gaius, qui est un Sabinien, traite du paiement et de la dation en paiement dans un même paragraphe (III, § 168). Ce rapprochement est des plus significatifs, et l'assimilation est d'autant plus probable, qu'elle est conforme aux habitudes d'esprit des jurisconsultes de cette école. Comme on l'a dit fort justement, « les Sabiniens tenaient aux vieilles « formes et glissaient leurs innovations dans le cadre primi- « tif [1]. » C'est ainsi qu'ils faisaient rentrer les *negotia do ut... facio ut...* dans le cadre des contrats nommés, assimilant par exemple l'échange à la vente ; le même raisonnement les amena à considérer la *datio in solutum* comme un paiement véritable.

Nous avons déjà dit qu'à notre avis ce point de vue était le seul exact, le seul qui soit d'accord avec l'intention des parties. Des auteurs considérables[2] ont cependant soutenu que la doctrine proculienne était plus conforme à la nature des choses. La dation en paiement, disent-ils, peut s'analyser

[1] De Ségogne, *Th.*, p. 50.

[2] Accarias, n° 691, t. II, p. 696 ; Demangeat, *Cours élém.*, II, p. 498 ; Gide, *De la novation*, p. 131 et note 3. L'opinion de ce dernier n'est pas très-certaine, car ailleurs (*loc. cit.*, p. 448) il nous dit : « Toutes les fois que le « débiteur a, *de manière ou d'autre*, par lui-même ou par autrui, fourni une « prestation qui satisfait le créancier, il y a *solutio re*, il y a paiement. »

d'une part en une translation de propriété ou en l'accomplissement d'un fait qui n'était pas dû, d'autre part en un pacte *de non petendo*. Or, un pacte de remise n'éteint pas la dette *ipso jure*. J'ai déjà fait remarquer que tel n'était pas le point de vue des Proculiens; s'ils accordent au débiteur qui a fait la *datio in solutum* une exception, ce n'est pas à raison du pacte de remise impliqué dans cette opération, c'est pour éviter l'injustice qu'il y aurait à ce que le débiteur fût contraint de payer deux fois. Et en admettant même que la pensée des Proculiens eût été celle que l'on indique, n'oublions pas qu'il n'y a pas ici un simple pacte de remise; ce pacte est corroboré par l'accomplissement d'une prestation de la part du débiteur. Ne doit-il pas dès lors avoir une force plus grande que celle qu'aurait un pacte nu? Les Sabiniens l'ont pensé, et c'est avec raison qu'ils ont rapproché la *datio in solutum* du paiement, plutôt que d'y voir un simple pacte *de non petendo*.

14. — Cette discussion entre les jurisconsultes des deux écoles est d'ailleurs plutôt théorique que pratique, et l'intérêt qu'il y a à adopter l'une ou l'autre des deux opinions ne me paraît pas très-considérable.

On a dit : si l'on admet, avec les Proculiens, que l'extinction de l'obligation n'a lieu qu'*exceptionis ope*, il suffira d'un simple pacte pour faire revivre la dette. Mais si la possibilité d'une semblable convention se conçoit quand il y a eu pacte de remise (par exemple les parties ont voulu éteindre la dette provisoirement et pour un temps), on ne comprend guère qu'elle puisse avoir lieu, en notre hypothèse. Comment le débiteur, qui a acccompli une prestation souvent onéreuse pour lui, consentira-t-il à ce que l'obligation revive à sa charge? Cela ne se présentera guère en pratique.

La différence la plus notable entre les deux doctrines est

une différence de procédure. D'après la doctrine proculienne, le débiteur actionné par le créancier devra faire insérer une exception dans la formule délivrée par le magistrat; pour les Sabiniens, le débiteur étant libéré de plein droit, cela ne sera pas nécessaire; le débiteur aura simplement à prouver devant le juge que la demande n'est pas fondée, parce qu'il y a eu un fait libératoire. Mais cette différence est singulièrement atténuée par les observations suivantes : d'abord, si l'action du créancier est une action de bonne foi, il n'est pas nécessaire d'y faire insérer une exception, car la demande en ce cas, doit être appréciée *ex fide bonâ,* et il est évidemment contraire à la bonne foi de la part du créancier de faire valoir un droit pour lequel il a déjà reçu satisfaction. La différence se trouve donc restreinte aux actions de droit strict. Mais même pour une de ces actions, et en nous plaçant au point de vue de la théorie proculienne, supposons que le débiteur ait négligé de faire insérer l'exception dans la formule. De deux choses l'une, ou il l'a fait en connaissance de cause, et alors il n'a pas à se plaindre, s'il doit payer une seconde fois, ou il a commis une erreur excusable, et alors il pourra obtenir une *restitutio in integrum,* lui permettant de faire modifier la formule, et d'y faire rétablir l'exception dont il n'avait pas fait usage par suite de l'erreur où il se trouvait (Gaius, IV, § 125)[1].

[1] On a ingénieusement rapproché de cette controverse, une autre discussion entre les deux écoles, sur les effets de l'exécution par le défendeur, *inter moras litis* (De Berly, *Th.*, p. 53 et suiv.). Les Sabiniens, appliquant la règle *omnia judicia esse absolutiona,* disaient que le défendeur, ayant exécuté après la *litis contestatio*, devait être absous. Les Proculiens, au contraire, admettaient qu'il devait être condamné, sauf dans les actions de bonne foi et les actions arbitraires, où la nature particulière des pouvoirs du juge s'opposait à un tel résultat (Gaius, IV, § 114). Or, il faut remarquer

15. — Quoi qu'il en soit, la controverse se maintint longtemps encore parmi les jurisconsultes romains. Elle était encore vivante à la fin du second siècle, sous Marc-Aurèle, car Gaius, qui écrivait à cette époque, la rapporte en l'exprimant au présent. *Unde quæritur*..... On en trouve encore la trace dans les textes des jurisconsultes du IIIe siècle, dont j'ai déjà parlé. — Paul se demande encore, dans une hypothèse de *datio in solutum*, si la libération a bien lieu de plein droit, *an ipso jure fiat liberatio* (L. 44, § 4, *De obligat. et act.*, 44, 7). Toutefois, il semble bien que dès cette époque la doctrine sabinienne triompha définitivement. C'est du moins ce qu'on peut induire de deux textes d'Ulpien, la L. 1, § 5, *De pecunia constit.*, 13, 5, et la L. 26, § 4, *De cond. indeb.*, 12, 6. *Sed quum jam placet rem pro re solvi posse*, dit le premier de ces textes, et le second : *Licet enim placuit, rem pro pecuniâ solutam parere liberationem.* Marcien, qui vivait à la même époque, est plus affirmatif encore, lorsqu'il nous dit, dans un texte sur lequel nous aurons à revenir plus d'une fois (L. 46, *De solut.*, 46, 3) : *tunc ergo res pro re solutâ liberationem præstat.* Les expressions employées par les textes montrent bien qu'ils font allusion à une extinction de plein droit; autrement, on ne nous dirait pas

que la *litis contestatio* opère une sorte de novation, et éteint le droit déduit en justice. Donc, le débiteur qui exécute l'obligation primitive, réalise une véritable dation en paiement. Et il est naturel, par conséquent, que les Sabiniens aient admis l'extinction de plein droit, tandis que pour les Proculiens, l'obligation du débiteur, consistant désormais à subir la condamnation (*condemnari oportere*) subsistait toujours. Mais évidemment, ils ne pouvaient reconnaître au demandeur le droit de cumuler les avantages de l'exécution de la condamnation. Si donc le demandeur voulait exercer l'action *judicati*, après avoir reçu satisfaction, il était repoussé par une exception de dol (Accarias, n° 771, t. II, p. 893). On sait que sur ce point, comme en cas de dation en paiement, c'est la théorie sabinienne qui prévalut (§ 2, Inst., IV, 12).

que le paiement d'un *aliud pro alio* procure au débiteur sa libération; il n'y a, pour s'en convaincre, qu'à rapprocher les citations que je viens de faire du passage de Gaius, rapporté plus haut, et où ce jurisconsulte expose la doctrine proculienne.

Une constitution de Dioclétien et de Maximien vint consacrer la même doctrine : « Manifesti juris est, tam alio pro « debitore solvente, quam rebus pro numeratâ pecuniâ con- « sentiente creditore datis, tolli paratam obligationem » (L. 17, C. *De solut.*, 8, 43). Enfin, nous la retrouvons aux Institutes en ces termes : « Tollitur autem omnis obligatio solu- « tione ejus quod debetur, vel si quis consentiente creditore « aliud pro alio solverit » (III, 29 pr., *Quib. mod. obl. toll.*).

16. — Telle fut la marche de la législation romaine en cette matière : à l'origine on ne se préoccupe pas de la dation en paiement, car elle ne se présente guère en pratique; puis, comme elle devient plus fréquente, elle attire l'attention des jurisconsultes et ceux-ci, après quelques hésitations, finissent par lui assigner sa véritable nature, c'est-à-dire l'assimilent au paiement. C'était l'idée des Sabiniens; c'est celle qui est admise définitivement par Justinien. On n'en saurait douter, quand on voit cet empereur rapprocher dans une même phrase la dation en paiement et le paiement proprement dit.

On pourrait encore fournir de nombreuses preuves à l'appui de cette doctrine : d'abord la plupart des textes qui s'occupent de la *datio in solutum*, soit au Digeste, soit au Code, sont placés au titre *De solutionibus*. La délégation, quand elle a pour but d'éteindre une dette du délégant envers le délégataire, constitue une dation en paiement puisque le délégant, au lieu de payer ce qu'il doit, fournit un autre débiteur au délégataire. Or, de nombreux textes nous disent

que le délégant fait un véritable paiement : *Solvit et qui reum delegat,* dit la L. 8, § 3, *Ad Sct. vell.,* 16, 1. *Solutionis vicem continet hæc delegatio,* dit la L. 37, § 4, *De oper. lib.,* 38, 1. Le jurisconsulte Hermogénien prévoyant le cas où une personne a reçu un paiement d'un non-propriétaire, dit que cette personne usucapera au titre *pro soluto* (L. 46, D. *De usurp. et usuc.*, 41, 3); il en sera de même, ajoute-t-il, au cas où on aura reçu une chose quelconque à la place de la chose due... « Et non tantum quod debetur, sed et quodlibet « pro debito solutum, hoc titulo usucapi potest. » Enfin, citons cette phrase significative d'Ulpien : « *Satisfactio pro solutione est* » (L. 52, D. *De solut.,* 46, 3). Tous ces textes nous montrent bien que, pour les Romains, la dation en paiement n'était autre chose qu'un paiement véritable [1].

Mais notre démonstration ne serait pas complète, si nous n'étudiions pas les autres systèmes qui ont été proposés pour rendre compte de la nature de la *datio in solutum.* La réfutation de ces systèmes, leur impuissance à expliquer certaines décisions des textes, viendront confirmer et fortifier notre théorie.

II.

17. — La plupart de nos anciens romanistes ont considéré la dation en paiement comme la réalisation d'un contrat synallagmatique. Sans aller au fond des choses, et en s'attachant à des analogies indiquées par les textes, uniquement pour justifier des décisions d'espèce, ils ont vu dans la dation en paiement, suivant l'objet de la dette primitive, et suivant la nature de la prestation fournie à la place, tantôt une vente, tantôt un louage de services, tantôt un échange,

[1] En ce sens, Römer, p. 3; de Ségogne, *Th.;* p. 21; Wangerow, § 583, 3e vol., p. 168; Labbé, *De la garantie, Rev. prat.,* t. XIX, p. 558 et suiv.

tantôt un contrat innommé. Du moment qu'ils envisageaient la dation en paiement comme un véritable contrat, ils ne pouvaient, en effet, en faire un contrat spécial et particulier; ils savaient très-bien que le nombre des contrats est limité dans la législation romaine, et c'est pourquoi ils durent ranger la dation en paiement sous les catégories existantes. Ils dirent donc : Si l'on donne un objet corporel pour éteindre une dette de somme d'argent (et c'est le cas le plus ordinaire, celui sur lesquels les textes raisonnent toujours ou presque toujours), alors y il a vente; si, débiteur d'une somme d'argent, j'accomplis un fait au profit de mon créancier, si je lui rends un service, en ce cas, nous sommes en présence d'un louage de service; si je donne un objet quelconque à la place d'un autre que j'étais tenu de livrer, c'est là un échange; et enfin, dans tous les autres cas, il se forme un véritable contrat innommé. — Telle est la théorie qu'avaient admise Cujas et Doneau, pour ne citer que les plus grands noms. Sans aller jusqu'à dire, comme le fait Römer, qu'elle est absurde et monstrueuse (*monströs*), je ne puis cependant la croire fondée.

18. — Et en effet, en me plaçant d'abord au point de vue des principes, il me semble que la dation en paiement, pas plus que le paiement, ne peut être considérée comme un contrat. Un contrat, c'est une source d'obligations; c'est un accord de volontés destiné à faire naître des rapports de droit, tandis que la dation en paiement a pour but d'éteindre un rapport de droit préexistant; elle est, comme on l'a dit, formée *distrahendæ non contrahendæ obligationis causâ*. Tout contrat synallagmatique engendre des obligations à la charge de chacune des parties. Où sont ici ces obligations? Le créancier, d'abord, n'a aucun fait à accomplir; la libération du débiteur s'opère de plein droit, et

indépendamment de tout acte extinctif opéré par le créancier. Dira-t-on que ce dernier est obligé à ne pas poursuivre le débiteur? Mais, voulût-il le faire, qu'il ne le pourrait pas; le débiteur est libéré, et il n'aurait même pas besoin d'une exception pour mettre obstacle à l'action du créancier. Et quant au débiteur, il a fourni la prestation; il n'est plus tenu. Sans doute, il doit garantir le créancier contre l'éviction de la chose qu'il lui a fournie; mais ce n'est là qu'une obligation secondaire, qui ne découle pas directement de l'acte lui-même; c'est une simple suite de la prestation accomplie; elle existe aussi dans le paiement proprement dit, et pourtant personne n'a eu l'idée d'y voir un contrat synallagmatique.

Cela est si vrai que Doneau lui-même est obligé de le reconnaître. Sur la L. 4, C. *De evictionibus,* il s'exprime de la manière suivante : « Nam qui dat in solutum creditori « suo, id agit ut negotium et obligationem præcedentem dis- « trahat; contraria sunt autem velle negotium distrahere et « velle contrahere. Quare qui in solutum dedit non intelli- « gitur contrahere voluisse, ac proinde non contraxit. » Et ailleurs, prévoyant le cas où une chose est donnée en paiement d'une dette d'argent, Doneau dit qu'alors il n'y a pas vente : « Quia si spectatur id quod in proposito principali- « ter agitur, non potest videri contracta emptio,... etc.[1]. » On pourrait croire d'après cela, que Doneau rejette l'idée de contrat comme tout à fait incompatible avec le but poursuivi par les parties. Il n'en est rien. En s'exprimant comme je viens de le rapporter, Doneau n'a qu'un but, expliquer comment il se fait qu'en cas d'éviction de la chose donnée en paiement, le créancier (qui jouerait ici le rôle

[1] Doneau, *Comment. sur la L. 4,* C. 8, 45. — Ed. de Rome, IX, p. 1459 et suiv. — Cpr., *Comm. de Jure Civili,* XVI, 9, t. IV, p. 736.

acheteur) ait une *actio empti utilis* et non pas l'action directe : c'est, dit-il, que dans l'intention des parties, il n'y a pas vraiment une vente. Il ne s'aperçoit pas que ce motif dépasse de beaucoup les conclusions qu'il en tire, et aboutit à condamner le fond même de sa théorie. Si l'intention des parties n'est pas de réaliser une vente, il n'y a pas vente, puisque nous le savons, le consentement est indispensable à la formation de ce contrat.

19. — L'erreur de Doneau et de nos anciens interprètes, c'est d'avoir identifié avec les contrats synallagmatiques tout acte commutatif. « Quoties pecunia pro re datur, dit Doneau, « toties emptio contrahi intelligitur. » Et encore : « Speciem « enim pro pecunia debita dari oportet atque hoc quoties fit « ex consensu, emptionem esse necesse est. » Mais ces propositions ne sont rien moins qu'exactes. Il n'est pas vrai de dire qu'il y a toujours et nécessairement vente quand une chose est donnée pour de l'argent. C'est ce qui résulte du rapprochement entre les passages précités de Doneau et la L. 5, § 1, *De præscriptio verbis :* « Et si quidem pecuniam « dem ut rem accipiam, emptio et venditio est. » Il y aura vente, si je donne une somme d'argent, en vue d'obtenir une certaine chose; mais on ne peut pas conclure de là qu'il y aura vente toutes les fois qu'une chose remplacera une somme d'argent dans mon patrimoine[1]. On peut dire sans doute qu'alors on sera en présence de cas semblables, analogues à la vente; mais on ne peut établir une identité absolue.

20. — Et c'est là simplement ce que font les textes que l'on invoque dans l'opinion contraire; ils rapprochent les cas

[1] De Segogne, *Th.*, p. 13; Römer, p. 7 : « Il n'y aura vente, que si une « partie *s'oblige* au paiement d'une somme d'argent, alors que l'autre partie « *s'oblige* à lui livrer des marchandises moyennant cette somme. »

de dation en paiement de contrats synallagmatiques, et spécialement de la vente, mais sans aller jusqu'à établir une assimilation complète. C'est ce que je vais montrer pour les deux textes qui forment pour ainsi dire la base du système que je combats, la L. 24 pr., *De pign. act.,* 13, § 7, d'Ulpien, et la L. 4, C. *De evictionibus,* 8, 43.

Dans la L. 24 pr., *De pign. act.,* Ulpien suppose qu'il y a eu une constitution de gage; le créancier non payé à l'échéance aurait pu, après l'expiration de certains délais, et en accomplissant certaines formalités, mettre en vente l'objet du gage. Il ne l'a pas fait, sans doute parce qu'il n'a pas trouvé d'acquéreur. Il peut s'adresser à l'empereur et demander que la propriété de l'objet du gage lui soit attribuée moyennant une juste appréciation à faire en justice : c'est ce qu'on appelle l'*impetratio dominii* (L. 3, C. *De jure dom. imp.,* 8, 34. Accarias, n° 298, 4°, I, p. 718). Dans ces circonstances, il se produit, une éviction de la chose attribuée au créancier. Celui-ci aura un recours contre le débiteur à raison de cette éviction. Mais ce recours, l'exercera-t-il par l'action *pigneratitia contraria?* Non, répond Ulpien. En accomplissant l'*impetratio dominii,* le créancier s'est mis dans une situation nouvelle ; il a renoncé à la situation résultant du contrat de gage, lequel doit être considéré comme éteint. Il n'aura qu'une action *ex empto utilis,* comme si la chose lui avait été donnée en paiement : *utilis ex empto actio accomodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit...*

Tout d'abord il semble difficile d'admettre qu'il y ait ici une véritable vente de la chose au créancier gagiste. On l'a soutenu, même dans mon opinion, en se fondant sur les circonstances particulières dans lesquelles l'acte est intervenu, et on a voulu expliquer la décision d'Ulpien en disant que c'est une décision spéciale et qui ne préjuge en rien la

question générale que nous examinons (De Ségogne, *Th.*, p. 15). Mais cette explication ne saurait être admise, en présence du rapprochement fait par Ulpien entre l'hypothèse qu'il prévoit et le cas de *datio in solutum*. Pour moi, je crois qu'il n'y a pas vente ; je n'en veux qu'une preuve : c'est le fait de la part d'Ulpien de ne donner au créancier qu'une action *utilis ex empto*, alors que s'il y avait véritablement vente, il donnerait évidemment une action *directe*. Mais si nous ne sommes pas en présence d'une vente, l'opération n'a-t-elle pas au moins quelque chose d'analogue à la vente, et par conséquent ne doit-on pas dire qu'elle constitue un contrat synallagmatique?

Je ne le pense pas. N'oublions pas qu'il faut faire rentrer l'opération, si on veut en faire un contrat, dans le cadre des contrats existants. Si ce n'est pas une vente, ce ne pourra être qu'un contrat innommé, et alors l'action en garantie serait, non pas l'action *ex empto* utile, mais l'action *præscriptis verbis*[1]. Comment donc expliquer ici l'action utile *ex empto?* D'une manière bien simple : nous sommes en présence d'un cas tout spécial, dans lequel la garantie d'éviction est admise. On ne pouvait créer une action en garantie spéciale pour ce cas. Restait à étendre *utilitatis causa* une action déjà existante ; on a choisi l'*actio empti*, simplement parce que la garantie d'éviction se présente surtout en matière de vente, et que c'est à propos de la vente qu'elle a été surtout étudiée par les jurisconsultes (Maynz, § 170, II, p. 6, n. 19 ; de Ségogne, p. 15, 16).

21. — La L. 4, C. *De eviction.*, qui est une constitution d'Antonin Caracalla, suppose qu'un débiteur donne en paiement à son créancier un fonds hypothéqué ; les créanciers

[1] Le § 1, *De rer. perm.*, 19, 4. Cfr. Accarias, *Contr. inn.*, p. 66, 128 *in f.*, 141.

hypothécaires évincent ce dernier ; il aura un recours contre le débiteur par action utile, *nam hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet.* — Voici, dit-on, un texte très-probant ; d'abord il nomme la dation en paiement un contrat, ensuite il l'assimile expressément à une vente.

Mais d'abord le mot *contractus,* en droit romain, n'a pas toujours le sens de convention obligatoire, d'acte donnant naissance à des obligations. Il désigne fréquemment toute espèce de *negotium* où la volonté intervient (L. 6, D. *De neg. gest.,* 3, 5 ; L. 23, *De R. J.*, 50, 17), et avec cette signification il s'applique parfaitement à la *datio in solutum*[1].

Le texte rapproche, il est vrai, la dation en paiement de la vente, mais il ne dit pas du tout que ce soit une véritable vente. *Vicem venditionis obtinet,* cela n'est pas synonyme de *venditio est;* il n'y a, pour s'en convaincre, qu'à lire les textes qui emploient la même expression en d'autres matières, par exemple, la L. 34, D. *De usuris*, 22, 1 ; la L. 1 pr., *De doli mali except.,* 44, 4 ; la L. 22, *De fidejuss.,* 46, 1, etc. Et la preuve qu'il n'y a pas vente résulte de la L. 4 elle-même, qui, comme la L. 24, D. *De pign. act.,* n'accorde l'*actio empti* qu'*utilitatis causa.* Si Caracalla avait considéré la dation en paiement comme une vente véritable, c'est l'action directe qu'il aurait accordée au créancier pour recourir contre le débiteur.

22. — Et c'est à tort que l'on voudrait généraliser la phrase *vicem venditionis obtinet;* ce n'est qu'un motif de décision ; comme je l'ai fait remarquer plus haut, il faut se défier de ces généralisations que l'on trouve dans le corps des lois romaines : elles n'ont pas la valeur de principes que

[1] Dirksen, *Manuale*, v° *Contractus*, II ; Römer, p. 7. La L. 9, au C. *De resc. vend.*, 4, 44, qu'indique aussi cet auteur, emploie bien le mot *contractus,* mais ne l'applique pas du tout à la dation en paiement.

l'on voudrait leur attribuer. Tout ce que l'empereur veut dire c'est que la dation en paiement, comme la vente, implique obligation de garantie, et comme il ne peut créer d'action spéciale pour le recours en garantie du créancier évincé, il lui donne l'*actio empti utile*, qui est généralement accordée au cas d'éviction (car c'est en matière de vente que la garantie existe surtout, et ce sont les règles de la vente qu'il faut appliquer par extension).

La preuve de tout ceci, c'est qu'il y a d'autres opérations juridiques, qui sont assimilées à la vente, sans que pourtant jamais personne ait soutenu qu'elles constituent en réalité une vente. C'est, par exemple, ce que nous voyons dans la L. 15, D. *Quib. ex causis*, 42, 4. Le coéchangiste, dit Ulpien, est comme un acheteur, *emptori similis est;* or, on sait qu'aux yeux des Romains, l'échange ne constituait nullement une vente. « Item is qui rem in solutum accepit, vel qui lite « æstimata retinuit, vel ex causâ stipulationis, non ob libe- « ralitatem est consecutus. » Celui qui a obtenu la chose pour une stipulation faite à titre onéreux, est assimilé à un acheteur; pourtant c'est par un acte unilatéral qu'il a acquis la chose. De même, dans une action en revendication, le défendeur n'obéit pas à l'ordre du juge, et refuse de restituer au demandeur la chose revendiquée; il est condamné au montant de l'estimation, fixée, on le sait, suivant les cas, soit par le demandeur, sous serment, soit par le juge. Le défendeur, conservant la chose, et en payant la valeur estimative (*qui lite æstimatâ retinuit*) doit, dit le texte, être traité comme un acheteur [1]. Et pourtant il n'y a pas vente, et pour

[1] Dans une seule hypothèse, il n'y a pas assimilation faite avec la vente, c'est quand le défendeur a cessé de posséder par dol. Alors l'estimation de la chose n'est pas considérée comme un prix d'achat, mais comme une peine infligée au défendeur (L. 69, *De rei vind.*, 6, 1).

une bonne raison, c'est que le défendeur conserve la chose contre la volonté du demandeur; le consentement, condition essentielle de la vente, fait complètement défaut. — Tous ces cas, rapprochés de la vente, ne sont pas des ventes véritables; il doit en être de même de la dation en paiement, et l'argument est d'autant plus probant que la L. 15 dit aussi de celui qui a reçu la chose en paiement, qu'il est semblable à un acheteur. Pourquoi donner une portée plus grande au rapprochement, dans ce cas, que dans les autres hypothèses?

La L. 4, § 31, *De doli mali*, 44, 4, fournit un argument plus topique encore. Elle se demande si le dol d'une personne peut être opposé à ses successeurs particuliers. Non, répond Ulpien; l'exception de dol ne peut être opposée du chef de leur auteur, ni à l'acheteur, ni au coéchangiste, ni à celui *qui in solutum accepit*, ni à aucun de ceux *qui vicem emptorum continent*. Ainsi, voilà employée par la L. 4, § 31, l'expression même dont se sert la L. 4, C. *De evict.* On ne peut prétendre cependant qu'elle signifie que les personnes dont il s'agit sont de véritables acheteurs. Tout ce qu'on peut en inférer, c'est qu'au point de vue de la question posée par Ulpien, ces personnes sont assimilées à l'acquéreur par suite d'une vente. Si ce texte n'a pas une portée générale, et la suite du fragment ne laisse place à aucun doute sur ce point, pourquoi donc en donner une à la dernière phrase de la L. 4, C. *De eviction.?* Cette constitution se place au point de vue de la garantie en cas d'éviction, comme la loi 4, § 31, *De doli mali* se place au point de vue du droit des tiers contre les successeurs à titre particulier; on n'a pas le droit de généraliser l'une plutôt que l'autre de ces deux décisions.

23. — Et d'ailleurs la *datio in solutum* est si peu une vente que l'opposition entre les deux opérations est marquée dans certains textes d'une façon précise. Par exemple, la L.

1, C. *Si antiquior,* 8, 20, et la L. 3, C. *De luitione pign.,* 8, 31, séparent les deux cas par les conjonctions *vel, sive.* On pourrait dire sans doute que la vente et la dation en paiement ne sont pas distinctes, puisque la solution spéciale donnée par ces textes est la même pour toutes les deux; mais je répondrai que si la *datio in solutum* était une vente, point ne serait besoin d'en faire une mention spéciale : la solution donnée pour la vente s'y appliquerait nécessairement (Römer, p. 11).

Je tire un dernier argument de la L. 8, C. *De sent.,* 8, 45. Théodora, que tu as vendue ou livrée en paiement à ton créancier, est déclarée libre. L'*accipiens* a un recours contre toi. Par quelle action? L'*actio empti,* en cas de vente, une action *ob debitum reddendum,* en cas de dation en paiement (nous verrons plus tard le sens à donner à ces expressions). Les hypothèses sont nettement distinguées et pour chacune on donne des solutions différentes.

Ajoutons, pour terminer sur ce point, que de nombreuses décisions du droit romain en notre matière protestent contre l'idée de contrat synallagmatique. Nous les indiquerons chemin faisant.

24. — Examinons maintenant spécialement chacun des contrats auxquels on prétend assimiler la *datio in solutum.* Quant à la *vente,* d'abord, on sait que c'est un contrat qui implique trois éléments, une chose (*merx*), un prix et le consentement des parties. Admettons que les deux premiers éléments se retrouvent dans la dation en paiement, la *merx* étant la chose donnée en paiement, le prix étant le montant de la dette à éteindre. Mais où trouve-t-on le consentement? Les parties n'ont voulu qu'une chose, c'est éteindre la dette ; on ne peut leur prêter gratuitement l'idée d'avoir eu l'intention de jouer l'un vis-à-vis de l'autre le rôle de vendeur et

d'acheteur. L'expression *dare in solutum* qui est employée précisément par les deux textes sur lesquels on s'appuie, surtout dans l'opinion contraire (L. 24 princ., *De pign. act.*, L. 4, C. *De evict.*), cette expression ne s'accorde pas du tout avec l'idée de vente : le vendeur, en effet, n'est pas tenu de *dare,* de transférer la propriété de la chose vendue; il n'est tenu qu'à faire avoir à l'acheteur la libre possession de la chose (*vacuam possessionem*).

D'ailleurs on conçoit très-bien qu'à cet égard les parties réalisent une véritable vente; mais cela a besoin d'être exprimé, ou doit tout au moins résulter nettement des circonstances. Des textes prévoient formellement qu'il a pu en être ainsi. Par exemple, la loi 1, C. *Si antiquior,* 8, 20, que j'ai citée, suppose que le débiteur a pu transmettre à son créancier l'objet qu'il lui avait remis en gage, soit à titre de vente, soit à titre de dation en paiement. La loi 44, D., *De solut.,* 46, 3, prévoit le cas où le débiteur a vendu à son créancier l'objet du gage, en vue de l'acquittement de sa dette (Cpr. § 9, *Frag. Vat.;* L. 34, *De pign. act.,* 13, 7; L. 20, § 3, *eod.*). La loi 81 pr., *De contr. empt.,* 18, 1, prévoit le cas où une caution convient avec son débiteur que, si elle est obligée de payer, ce dernier lui passera vente de la chose mise en gage, pour l'indemniser du paiement qu'elle aura fait. Aucun de ces textes ne fait la moindre allusion à la dation en paiement. Il y a donc là deux choses absolument distinctes.

25. — Et en admettant même cette idée de vente, comment la dette primitive va-t-elle se trouver éteinte? On ne peut soutenir, dans cette doctrine, que c'est la remise de la chose donnée en paiement qui procure l'extinction de la dette; du moment qu'il y a vente, cette remise est faite en exécution du contrat de vente; ce ne peut être que l'accom-

plissement de l'obligation de délivrance qui incombe au débiteur vendeur. Par conséquent, c'est nécessairement de la convention des parties que résulte l'extinction de l'obligation primitive. Et on nous dit, en effet, que la dette est anéantie par une compensation conventionnelle entre le montant de cette dette, et le prix de vente. « Quum enim « pecuniam non haberet unde solveret, idcirco vendidit præ- « dium creditori, ut pretium inde debitum cederet, in eam « pecuniam quam debet, atque ita compensatione liberare- « tur » (Doneau, sur la L. 4, *De evict.*, IX, p. 1463)[1].

Mais, outre que cette espèce de compensation tacite n'est guère d'accord avec les principes généraux du droit romain sur cette matière, je crois que la théorie de Doneau n'est pas du tout conforme à ce qui se passe ordinairement. Les parties ne songent pas, en général, à toutes ces complications : leur intention c'est simplement que la dette soit éteinte par l'accomplissement de la prestation fournie à titre de paiement. Sans doute, ainsi que je l'ai dit, les parties peuvent avoir eu recours à ce procédé d'une vente suivie de compensation; mais si elles ne l'ont pas fait, on ne peut croire que telle ait été leur intention. Une constitution de Dioclétien, que j'ai déjà citée, pourrait cependant donner lieu à quelques doutes. C'est la L. 3, C. *De luit. pign.*, 8, 31, qui débute ainsi : *Si reddità debità quantitate, vel rebus in solutum datis sive distractis, compensato pretio...*, etc. On pourrait dire : il est vrai qu'en ce texte la dation en paiement et la

[1] L'annotateur de Doneau ne fait qu'exprimer ceci, lorsqu'il nous dit : *Datio in solutum est emptio quæ fit brevi manu.* Ceci indique d'une manière saisissante le double paiement fictif qu'implique la compensation (Cf. Hilliger, sur Doneau, t. IV, p. 738, note 12). Dans le même sens, Schliemann, *Die Haftung des cedentem*, p. 49 (pour une des deux sortes de dations en paiement qu'il admet, V. ch. III *infrà*).

vente sont nettement distinguées par l'interposition de la conjonction *sive;* mais qu'importe? Les mots *compensato pretio* se rapportent aussi bien à l'*in solutum datio* qu'à la vente, et par suite, même au premier cas, l'extinction de la dette est bien produite par suite d'une compensation faite entre le montant de cette dette, et le prix de la chose donnée en paiement. Mais tout ce raisonnement tombe, car ainsi que nous pouvons le constater d'après les Basiliques, les mots *compensato pretio* ne se rapportent qu'à *distractis,* et non à *rebus in solutum datis* (*Basil.,* XXV, 7, § 52). Donc, s'il y a effectivement compensation dans la seconde hypothèse prévue, le texte ne prouve nullement qu'elle se présente au premier cas; à raison même de l'opposition qu'il établit, il nous fournit au contraire un argument très probant à l'encontre de la théorie adverse.

Enfin, et cela me paraît décisif, si la dation en paiement impliquait une vente suivie de compensation, la dette primitive serait définitivement éteinte, et, au cas d'éviction de la chose donnée en paiement, elle ne revivrait pas; le créancier, acheteur, n'aurait d'autre ressource que l'*actio empti,* non pas utile, mais directe. On se heurte à de nombreux textes, qui supposent la persistance de l'obligation primitive, et on n'explique pas que l'*actio empti* ne soit donnée au créancier qu'*utilitatis causâ.*

26. — Les mêmes objections s'élèvent contre la conception qu'il y a *louage de services,* au cas où c'est un fait qui est accompli en paiement d'une dette d'argent. En pareil cas on ne peut pas dire qu'il y ait consentement à la formation du contrat de louage, et l'extinction de la dette résulte de l'accomplissement du fait lui-même, et non d'une compensation tacite entre la rémunération du service, et le montant de la dette.

27. — Enfin, dans les autres cas, il est impossible d'admettre qu'il y ait *contrat innommé.* Il y a bien entre les deux actes une certaine analogie; dans l'une et l'autre hypothèse, nous voyons une prestation accomplie en vue d'obtenir un certain résultat, mais le but poursuivi est loin d'être le même. Celui qui, dans le contrat innommé, accomplit une prestation, *datio aut factum,* celui-là a pour but d'obliger son adverse partie à lui fournir une prestation équivalente; celui qui fait une prestation *in solutum* a simplement pour but d'éteindre la dette qui pèse sur lui; par le fait même de l'accomplissement de cette prestation, la dette se trouve éteinte, de telle sorte qu'à aucun moment, il n'a existé d'obligation à la charge du créancier (Römer, p. 15).

Prenons par exemple le cas d'échange. C'est une chose qui était due; c'est une autre chose qui est donnée à la place. Römer, *loc. cit.,* dit qu'on ne trouve ici aucune trace du chef de celui qui était jusqu'à ce moment créancier, d'une obligation de livrer une chose quelconque. Puis il ajoute : il y a un changement, sans doute, mais seulement *ex parte debitoris;* lui seul échange la prestation qu'il devait contre une autre; il donne une autre chose pour la chose due. Ce raisonnement n'est pas très-exact. Ne peut-on pas dire du créancier aussi qu'il échange la prestation qui lui était due contre une autre? Et en effet, à la rigueur, on pourrait expliquer la théorie que je combats de la manière suivante : il y a deux traditions sous-entendues de la chose qui était primitivement due, tradition du débiteur au créancier, puis retranslation par ce dernier au débiteur en échange de la chose donnée en paiement. Ce serait une sorte d'échange de brève main, analogue à l'*emptio brevi manu* de Hilliger (V. plus haut, p. 36, note).

Mais cette explication ne sera pas toujours possible. D'a-

bord, il se peut très bien que le débiteur n'ait pas la chose due dans son patrimoine : alors une tradition même fictive de cette chose ne se comprendrait pas; et supposons que la dette primitive consistât en un *factum,* par exemple, le débiteur devait faire un voyage pour le compte du créancier, et il est convenu que cette obligation sera éteinte par la dation d'un esclave. Comment appliquer ici le raisonnement qui précède?

D'ailleurs de quelle manière la dette primitive sera-t-elle éteinte? Ce ne peut être que par la tradition feinte faite par le débiteur de la chose primitivement due, c'est-à-dire en somme par la convention; mais ce n'est pas la théorie romaine, et tous les textes nous présentent l'extinction résultant du fait même de la prestation réalisée par le débiteur.

28. — En résumé, la doctrine que nous venons de combattre, aboutit à des distinctions sans nombre, et même à des impossibilités. De plus et surtout, il n'y a vraiment pas dans la *datio in solutum* une prestation à accomplir par le créancier, de sorte qu'en ne voit pas, du moins d'après la théorie telle que l'avaient conçue Cujas et Doneau, d'où résulterait le caractère synallagmatique de l'opération. Aussi un auteur moderne, Blumenthal[1], a-t-il corrigé quelque peu la doctrine de nos vieux interprètes. D'après lui, il y aurait dans tous les cas de dation en paiement contrat innommé *do ut....., facio ut facias.* Il y a véritablement une prestation accomplie par le créancier; il y a *factum ex parte creditoris,* et ce fait c'est la renonciation qu'il consent à son droit. « Datur « enim ut faciat creditor, id est ut a jure suo recedat, et satis- « factum sibi esse declaret ipsâ rei, quæ datur, acceptatione, « neque petat, quod ex pristinâ obligatione debetur. » — Mais

[1] Dans une dissertation publiée à Göttinge, en 1830 (Je n'ai pu me la procurer). Cité par Römer, p. 5.

la renonciation du créancier constitue-t-elle vraiment un *factum?* Je ne le pense pas. Si, comme on le prétend, il y avait formation d'un *negotium do ut facies,* il faudrait que le créancier accomplît quelque chose; or, il ne fait rien; c'est par le seul effet de la prestation en paiement que la dette primitive se trouve éteinte. Il y aurait contrat synallagmatique, si le créancier avait à accomplir un acte extinctif, une *acceptilatio,* par exemple, et c'est ce que nous indiquent deux textes, que nous avons cités déjà, la L. 9, *De prescript. verbis*, 19, 5 et la L. 4, *De cond. caus. dat.,* 12, 4 (V. plus haut, p. 13). Certes, les parties auraient pu recourir à un tel procédé; mais nous supposons précisément qu'elles ne l'ont pas fait : le créancier a simplement autorisé son débiteur à se libérer en lui fournissant une chose autre que la chose due; le débiteur a accompli cette prestation, et par là, la dette se trouve éteinte, et éteinte de plein droit. Où trouve-t-on trace, en ce cas, d'un fait accompli par le créancier?

Si cette idée d'ailleurs était admise, il faudrait l'appliquer même en matière de paiement; en somme, ne pourrait-on pas dire que le créancier, dans le paiement, abandonne son droit de créance, moyennant l'accomplissement de la prestation due? Il est vrai que le paiement proprement dit n'implique aucun sacrifice, tandis que le fait de recevoir une chose autre que la chose due suppose de la part du créancier une renonciation véritable à un droit. Mais voilà qu'un terme a été stipulé en faveur du créancier, et celui-ci consent à recevoir un paiement immédiat, sans se prévaloir du bénéfice du terme. Il y a bien là, de sa part, une renonciation, un sacrifice, et pourtant, qui a jamais songé à voir dans ce paiement anticipé un contrat synallagmatique? (De Ségogne, *Th.,* p. 12.) L'identité des situations doit nous faire admettre une solution identique dans l'hypothèse où le

créancier consent à recevoir une chose différente de celle qui formait l'objet primitif de la dette.

III.

29. — De ce que la dation en paiement doit être considérée comme une modification du paiement, il résulte que l'extinction de la dette, de même que dans le paiement, sera produite *re,* par l'effet de l'accomplissement de la prestation. Ce résultat est celui que supposent la plupart des textes, Gaius d'abord (III, 1, 68) et les Institutes (III, 29 pr.). L'obligation, nous dit ce dernier texte, est éteinte par le paiement, et aussi si l'on a *payé* une chose autre que la chose due. La L. 17, C. *De solut.,* 8, 43, exprime aussi que c'est par la dation elle-même que la dette est éteinte. Cpr. encore, L. 26, § 4, *De cond. ind.,* 12, 6; L. 46, § 2, *De solut.,* 46, 3.

30. — On a soutenu pourtant que c'était *la convention* qui procurait l'anéantissement de la dette; ce n'est pas seulement par suite de l'accomplissement de la prestation fournie que l'obligation est éteinte, a-t-on dit, c'est par l'effet de la convention même en vertu de laquelle se fait cette prestation. Telle est la théorie de ceux qui, au cas où une chose est donnée en paiement d'une dette d'argent, voient dans cette opération une vente suivie de compensation : la dette serait éteinte par une convention tacite de compensation. J'ai déjà réfuté cette théorie, je n'y reviendrai donc pas.

D'autres disent que la convention de dation en paiement produit un effet novatoire. On ne va pas, sans doute, jusqu'à soutenir que cette convention constitue une novation véritable. Il y a à cela deux bonnes raisons dans la législation romaine, c'est d'abord que la novation ne peut avoir lieu par

changement d'objet; c'est, d'autre part, que le simple accord de volontés ne suffit pas à l'opérer; il faut que cet accord soit revêtu de certaines formes; il faut qu'il y ait eu *deductio in stipulationem;* or, nous supposons évidemment qu'il n'y a pas eu stipulation. Mais, dit-on, il y a une quasi-novation implicitement contenue dans la *datio in solutum,* et c'est par l'effet de cette quasi-novation que la dette se trouve éteinte.

31. — Telle est l'opinion soutenue par un auteur allemand, Dernburg[1]. D'après cet auteur, il y aurait eu controverse entre les jurisconsultes romains sur la véritable nature de la dation en paiement. D'après les uns, l'extinction de l'obligation ne se produisait qu'autant que la chose donnée en paiement devenait la propriété inattaquable du créancier. D'après les autres, et c'est l'opinion que Dernburg trouve la plus exacte, la créance était éteinte à jamais par la convention de dation en paiement, et à la place de la créance, le créancier avait acquis un droit sur la chose (p. 247). L'intention véritable du créancier, ajoute-t-il, c'est de rompre l'ancien rapport d'obligation, et de réaliser une acquisition nouvelle.

Je n'insiste pas pour le moment sur la prétendue controverse qui aurait existé entre les jurisconsultes romains, et je m'attache uniquement à la théorie que leur prête Dernburg, et qu'il considère, lui, comme la plus exacte, à savoir qu'un nouveau rapport de droit est substitué à l'ancien. Cette théorie, tout d'abord, est contraire aux faits. Quand on dit que par la convention de dation en paiement une obli-

[1] *Pfandrecht,* 2 vol. Leipzig, 1860-1864, II, p. 246 et suiv. Schliemann (*Die Haftung des cedenten*, p. 52, 53) dit de même qu'il y a deux sortes de dations en paiement; dans l'une d'elles il y aurait substitution d'un rapport juridique nouveau au rapport primitif d'obligation, c'est-à-dire, en somme, une novation.

gation nouvelle se forme à la place de l'ancienne, — obligation nouvelle tendant à l'accomplissement de la prestation promise, — on suppose qu'un certain temps s'écoule entre la convention de dation en paiement et sa réalisation. Or ce n'est pas ainsi que les choses se passent ordinairement; la convention et la prestation sont concomittantes, de telle sorte que l'on fait naître une obligation pour l'anéantir aussitôt. N'est-il pas plus simple de dire qu'il n'y a pas d'obligation nouvelle, et que c'est en vertu de la prestation accomplie que la dette se trouve éteinte?

Ceci, d'ailleurs, est bien mieux en harmonie avec l'esprit général de la législation romaine. La théorie de Dernburg se comprendrait dans une législation qui, comme la nôtre, donnerait effet à la simple volonté des parties. Mais tel n'était pas le droit romain. La seule convention était impuissante par elle-même à éteindre une obligation, comme elle l'aurait été à lui donner naissance. Elle pouvait sans doute paralyser une obligation existante, mais non l'anéantir de plein droit, et nous savons pourtant que c'est à ce résultat qu'aboutissait, à l'époque classique, la dation en paiement. De même que dans la novation, l'obligation primitive était éteinte, non par la simple convention, mais par la solennité des paroles (*verbis*), de même on peut dire que la dation en paiement produisait son effet *re*, c'est-à-dire par l'accomplissement effectif de la prestation.

On dit que l'opinion adverse est plus conforme à la volonté des parties, que l'intention du créancier, c'est de rompre l'ancien rapport de droit, pour réaliser une acquisition nouvelle. A la place de sa créance, il a voulu, dit Dernburg, acquérir un droit sur la chose; mais ceci ne me paraît pas exact. Que veut le créancier qui accepte une dation en paiement? Simplement sauvegarder ses intérêts en donnant au débiteur des

facilités pour s'acquitter envers lui; il n'entend pas du tout devenir créancier à un titre nouveau; il veut réaliser sa créance primitive, et, à cet effet, il autorise son débiteur à lui fournir une chose autre que celle qui lui est due. Quand le débiteur lui aura livré cette chose, il le considérera comme libéré envers lui, mais seulement alors.

Dernburg invoque à l'appui de son opinion la L. 24 pr., *De pign. act.*, 13, 7, dont nous avons déjà parlé. Je ne vois pas du tout quel argument on peut tirer de ce texte. Il dit sans doute que *videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum;* mais il est visible que ces mots ne font pas du tout allusion à la dette primitive. Le jurisconsulte se demande si le créancier gagiste, qui a obtenu de l'empereur l'attribution de la propriété du gage, peut, s'il vient à être évincé, exercer l'action *pigneratia contraria,* et il résout la question par la négative : le contrat de gage est anéanti; le créancier lui-même a renoncé à s'en prévaloir. Les mots que j'ai cités font donc allusion au contrat de gage, mais pas du tout à l'obligation qui lui a servi de base. On pourrait dire, il est vrai, et c'est probablement ce qui a déterminé Dernburg, que l'extinction du contrat de gage (laquelle suppose l'extinction de l'obligation qu'il garantissait) est rattachée par le jurisconsulte à la demande faite par le créancier, et non à l'attribution de propriété faite par l'empereur. Les termes de la L. 24 pr. peuvent, en effet, laisser place à quelque doute sur ce point; mais en admettant même que ce soit là la solution exacte pour le cas d'*impetratio dominii* prévu par Ulpien, il n'en résulterait pas du tout que cette solution doive être étendue à la dation en paiement. Le rapprochement qui est fait entre les deux cas n'a trait qu'à l'action *utilis ex empto.* L'ordre des idées est le suivant : le créancier qui a demandé l'attribution de l'objet du gage et

qui vient à être évincé, n'a pas l'action *pigneratia contraria,* parce qu'il a renoncé lui-même au contrat de gage. Il n'a qu'une action *utile ex empto,* comme s'il avait reçu la chose en paiement. Le parallèle entre la dation en paiement et l'*impetratio dominii* n'est établi que pour cette deuxième proposition ; il ne doit pas être étendu à la première phrase du texte (Römer, p. 28). Dès lors, la question reste entière, et elle doit être tranchée dans le sens que j'ai indiqué plus haut et que confirment les autres textes, à savoir que c'est l'accomplissement de la prestation fournie en paiement, et non la seule convention, qui procure l'extinction de la dette.

32. — J'ajoute que si la théorie contraire était fondée, il faudrait en conclure que la PROMESSE DE DATION EN PAIEMENT équivaut à dation en paiement, c'est-à-dire que la convention de *darę in solutum* éteindrait la dette, alors même que la *datio* ne devrait être réalisée que plus tard, après l'expiration d'un certain délai. Or, nous allons le voir, ce n'est pas du tout ainsi que la promesse de dation en paiement doit être interprétée.

Supposons une semblable promesse. Le débiteur, pour s'acquitter envers son créancier, lui promet de lui fournir dans un délai déterminé une chose autre que la chose due. Quel va être l'effet de cette promesse? Remarquons d'abord que, dans aucun cas, elle ne peut être considérée comme constituant une dation en paiement et comme produisant par conséquent un effet extinctif à l'égard de l'obligation primitive? Dans notre droit il en serait tout autrement et la promesse dont nous parlons pourrait (si les parties l'avaient ainsi voulu), réaliser une novation par changement d'objet. Celui qui, débiteur d'une chose, en promet une autre à la place et qui, d'accord avec le créancier, a l'intention de substituer ainsi une nouvelle obligation à l'ancienne, celui-là

fait véritablement une *datio in solutum*. Sans doute, c'est par l'effet de la novation que la dette primitive est éteinte; mais l'opération, dans son ensemble, constitue, je le répète, une dation en paiement, et c'est en ce sens qu'on a pu dire assez exactement que « la novation n'est autre chose qu'une espèce « particulière de dation en paiement[1]. » Mais en droit romain, il n'en pouvait être ainsi : la novation par changement d'objet n'était pas admise, et, par suite, la stipulation novatoire était impuissante à réaliser le but que les parties se proposaient, à savoir substituer une obligation portant sur un nouvel objet à l'obligation qui existait précédemment entre elles. La stipulation de cet objet n'avait pour effet que de créer une nouvelle dette à charge du débiteur parallèlement à l'obligation primitive qu'elle ne pouvait éteindre. Les règles de la novation s'opposaient donc à ce qu'une promesse de *datio in solutum,* même revêtue des formes de la stipulation, réalisât une *datio in solutum :* pour atteindre ce but, il aurait fallu, en outre, accomplir un acte extinctif, une acceptilation. Si la stipulation d'un *aliud pro alio* est impuissante par elle-même à substituer une dette nouvelle à l'ancienne, comment admettre, ainsi qu'on le soutient, que la simple convention de *dare in solutum* puisse procurer l'extinction de la dette?

33. — Il ne faudrait pas croire cependant qu'une promesse de *datio in solutum,* soit absolument dépourvue de tout effet par rapport à la dette primitive, et qu'une obligation nouvelle vient simplement se juxtaposer à l'obligation déjà

[1] Römer, p. 23. *Mann kann die Novation einen Fall der datio in solutum nennen.* C'est relativement au droit romain que Römer s'exprime ainsi; il admet, en effet, avec la plupart des auteurs allemands, que la novation romaine pouvait avoir lieu par changement d'objet. Le contraire a été établi d'une façon décisive par Gide, *Études sur la novation*, p. 117 et suiv.

existante. Sans doute cette promesse, même revêtue des formes qui la rendent obligatoire (stipulation, pacte de constitut), ne constitue pas une prestation suffisante pour entraîner, par elle-même et de plein droit, l'extinction de la dette originaire. L'extinction, nous l'avons vu, est produite *re*, par la remise effective de la chose ou l'accomplissement du fait convenu, et celui qui promet ne fait actuellement aucune prestation. Mais il serait inexact de soutenir, comme le fait Römer, qu'une telle promesse laisse toujours et dans tous les cas subsister la dette ancienne. D'après cet auteur, en effet (p. 18 et s.), quand il y a eu de la part du débiteur promesse de fournir une chose autre que la chose due, une dette nouvelle vient se juxtaposer à l'ancienne, et cette dernière n'est éteinte qu'au moment où la seconde promesse est réalisée, c'est-à-dire au moment où la chose promise à la place de la chose primitivement due est effectivement livrée au créancier. Il n'y a pas, à vrai dire, deux dettes distinctes, et l'exécution de l'une d'elles suffira pour les éteindre toutes les deux; mais c'est seulement de cette exécution que résultera l'anéantissement de la dette primitive elle-même.

Présentée en des termes aussi absolus, cette doctrine ne saurait être admise. Sans doute, l'intention des parties qui réalisent une promesse de dation en paiement peut être d'ajouter une obligation nouvelle à l'ancienne, mais cette intention peut être aussi de substituer au rapport juridique ancien, un rapport nouveau, et on ne voit pas du tout pourquoi il ne serait pas tenu compte d'une telle volonté. Les textes, ainsi que nous le verrons, n'ont rien de contraire à cette interprétation.

34. — Ainsi, l'effet d'une promesse de *dare in solutum*, d'après nous, peut être très-différent, suivant les cas, sui-

vant ce que les parties auront eu l'intention de faire. Les parties peuvent avoir voulu :

a) Soit substituer à la dette primitive une dette nouvelle portant sur un objet différent.

b) Soit juxtaposer une obligation nouvelle, à l'ancienne obligation, de telle sorte que le débiteur soit libéré par l'accomplissement de l'une ou de l'autre des deux obligations.

Examinons successivement ces deux hypothèses ; — après quoi, nous nous demanderons quelle solution devra être admise, quand les parties n'auront pas formellement exprimé leur intention, ou tout au moins quand cette intention ne résultera pas des circonstances.

35. — *a*) *Les parties ont voulu remplacer la dette primitive par une dette nouvelle, ayant un objet différent.* — Pour moi, la dette primitive sera alors éteinte, — le plus souvent *exceptionis ope,* parfois même *ipso jure.* — La dette nouvelle peut résulter soit d'un pacte de constitut, soit d'une stipulation.

Quant au pacte de constitut, tout d'abord, Römer, avec la plupart des jurisconsultes allemands, soutient qu'il n'éteint jamais la dette existante, mais que, grâce à lui, une seconde obligation vient se placer à côté de la première (p. 18, *in fine.* Cpr. Savigny, *Droit des obligations;* Tr. Gérardin, § 18, p. 185 ; Maynz, § 252, t. II, p. 390). Mais cette opinion n'est pas admise par les auteurs français, et, je crois, avec raison. Tout dépend ici de l'intention des parties; la première dette subsistera ou sera éteinte suivant que les parties l'auront ou non voulu. Et dans ce dernier cas, si le créancier prétendait exercer son action primitive, le débiteur pourrait lui opposer une *exceptio pacti conventi,* car le constitut, alors, implique un pacte de remise tacite. « Le « préteur qui a donné au constitut la puissance d'engendrer

« une action, *quia grave est fidem fallere,* lui aurait-il donc « refusé le pouvoir de donner naissance à une exception? » (Bodin, *Rev. historique,* 1886, t. XII, p. 209 et s. V. p. 215; Accarias, n° 722-1°, t. II, p. 781).

En cas de constitut par changement d'objet, la dette primitive se trouvera donc éteinte *exceptionis ope,* lorsque les parties l'auront ainsi voulu. Il doit en être de même en matière de stipulation. Débiteur du fonds Cornélien, je vous promets à la place, par stipulation, le fonds Sempronien, et notre intention commune est d'éteindre par là ma dette primitive. Si cette intention peut être prouvée, il faut je crois en tenir compte; sans doute ma dette ne sera pas éteinte *ipso jure,* car alors il y aurait véritablement novation par changement d'objet, et nous savons qu'une pareille novation n'est pas admise; mais il y a au moins pacte de remise tacite, et l'obligation de fournir le fonds Cornélien est éteinte *exceptionis ope.* Il n'y a guère qu'un cas où l'extinction aurait lieu *ipso jure,* c'est dans le cas prévu par la L. 26, D. *De novation.,* 46, 2. Ayant stipulé le fonds Cornélien, dit Papinien, je stipule ensuite *quanti fundus est,* la valeur de ce fonds; mon débiteur contracte bien envers moi l'obligation de me donner une chose autre que la chose due. Si la seconde stipulation, ajoute le texte, n'a pas été faite *novandi animo,* il n'y a pas novation. D'où il faut conclure, *a contrario,* qu'au cas où il y aurait eu intention de nover, il y aurait novation; par conséquent, la première dette serait éteinte *ipso jure,* et la seconde subsisterait seule. Mais ce cas est tout à fait exceptionnel, car c'est à peu près le seul où la novation par changement d'objet ait été admise, du moins avant Justinien (Gide, *Études sur la novation,* p. 144 et suiv.; Accarias, n° 695, t. II, p. 712). Dans toutes les autres hypothèses, qu'il y ait eu stipulation, qu'il y ait eu

pacte de constitut la dette primitive est éteinte, — seulement par voie d'exception, il est vrai —, si telle a été l'intention des parties; c'est donc à tort que Römer a prétendu que la première dette subsistait *toujours* parallèlement à la seconde. Mais l'intention des parties qui, seule, doit nous guider ici, a pu être de la laisser subsister, et c'est cette intention qui explique les textes invoqués par Römer à l'appui de son opinion, ainsi que nous l'allons voir en examinant notre deuxième hypothèse.

36. — *b*) *Les parties ont simplement voulu juxtaposer une obligation nouvelle à l'obligation primitive,* de telle sorte que le débiteur pût se libérer par l'exécution de l'une ou de l'autre : ce sera seulement l'exécution de l'une ou de l'autre obligation, qui, en pareil cas, éteindra la dette primitive. L'intention des parties peut d'ailleurs n'être pas toujours la même; ou bien elles auront voulu laisser au débiteur la faculté de se libérer en fournissant la seconde prestation promise, ou bien elles auront voulu lui imposer l'obligation de fournir cette seconde prestation : au premier cas, il y a *facultas solutionis;* au deuxième cas, il y a une sorte d'obligation alternative au choix du créancier (Römer, p. 69 s.).

La *facultas solutionis,* tout d'abord, peut être convenue soit au moment même du contrat, soit ultérieurement; elle peut être stipulée soit au profit du créancier, soit au profit d'un tiers. Par exemple le créancier dira : Promettez-vous de me donner dix, ou de donner un esclave à Titius. Ce cas sur lequel nous reviendrons, est qualifié par les textes d'*accessio rei,* et Titius joue ici le rôle d'*adjectus dationis in solutum gratiâ*[1], rôle analogue, on le voit, à celui de l'*ad-*

[1] L. 44, § 4, *De obl. et act.*, 44, 7. V. *infrà,* nº 76.

jectus solutionis gratiâ. — Quelle que soit la personne au profit de qui elle intervient, à quelque moment qu'elle soit convenue, la *facultas solutionis* conventionnelle[1] produit toujours cet effet, que le débiteur acquiert la possibilité de se libérer en fournissant un objet autre que celui qu'il devait primitivement. La chose qui était due à l'origine, forme toujours l'objet principal de la dette; elle est *in obligatione,* et c'est cette chose seule que le créancier peut réclamer. Mais le débiteur peut éteindre sa dette par la prestation de l'autre objet, lequel est *in solutione,* et il conserve ce droit jusqu'à la *litis contestatio* sur l'action intentée par le créancier pour obtenir la chose qui est *in obligatione.* C'est ce qui résulte de la L. 34, § 2, *De solut.,* 46, 3, pour le cas d'*accessio rei,* et de la L. 57 pr., au même titre pour le cas ordinaire où la *facultas* est stipulée au profit du créancier. Ce dernier texte a fait difficulté; comprenons-le bien.

« Si quis stipulatus fuerit decem in melle, solvi quidem « mel potest, antequam ex stipulatû agatur; sed si semel « actum sit, et petita decem fuerint, amplius mel solvi non « potest » (Ulpien, liv. 77, *ad edictum*).

La difficulté vient des mots *decem in melle* qui peuvent être compris de différentes manières. L'idée qui semble au premier abord la plus simple, c'est de dire qu'Ulpien a voulu ici prévoir le cas où quelqu'un aurait stipulé du miel, de la valeur de dix. Mais une lecture attentive du texte montre que cette interprétation n'est pas admissible[2]. Si en

[1] Une obligation facultative peut résulter de la loi, ainsi que nous le verrons plus tard (appendice n° 126). Les règles sont les mêmes dans les deux cas, — sauf que le créancier a consenti à la *facultas solutionis* conventionnelle, tandis que celle créée par la loi peut lui être imposée.

[2] V. les opinions auxquelles ce texte a donné lieu en Allemagne et leur réfu-

effet le miel était l'objet même de la stipulation, c'est le miel qui devrait être réclamé par l'action *ex stipulatû;* or, la fin du texte suppose que c'est sur la somme de dix que porte l'action intentée par le créancier; c'est donc cette somme qui a été promise par stipulation, et il faut expliquer le texte autrement. Ulpien suppose le cas où le créancier, en stipulant dix, laisse au débiteur la faculté de se libérer avec du miel. C'est là l'interprétation traditionnelle, celle de Cujas, celle de Pothier. Ce dernier notamment paraphrasait ainsi le passage qui nous occupe : « Si quis sti- « pulatus fuerit decem, quos in melle solvere debitor ad « arbitrium poterit,... etc...[1]. » Explication moins littérale peut-être, mais ayant l'avantage d'être en parfaite harmonie avec la suite du texte. Les dix sont *in obligatione,* le miel *in facultate solutionis;* le débiteur pourra se libérer en fournissant le miel, jusqu'au moment où le créancier agira pour réclamer les dix; à partir de ce moment, son droit, sa faculté de se libérer avec du miel est perdue...

On est d'autant plus porté à croire que tel est le sens exact de la L. 57 pr., que dans le § 1^er^ de la même loi, une situation analogue est résolue de même. Il s'agit du cas de l'*adjectus solutionis gratiâ :* j'ai stipulé que vous donneriez dix à moi ou à Titius. Si j'agis, vous ne pourrez plus payer entre les mains de Titius, bien qu'avant la *litis contestatio* vous eussiez pu le faire. Notre interprétation donne aux deux textes identiquement le même sens; or la pensée du

tation, dans Römer, p. 71 à 73. Römer se prononce dans le sens que j'indique; de même Heimbach, dans le *Weiskes-Rechtslexicon*, v° *Datio in solutum, in fine.*

[1] Pothier, *Pandectæ Justinianeæ*, sur le titre *De solut. et liberat.*, 2^e^ part., sect. 1, art. 6, § 1, n° 66, note *g*. Cpr. Cujas, comment. sur le titre *De obl. et act.*, L. 44, § 5; Fabrot, 8, p. 379.

jurisconsulte était bien d'établir un parallèle entre les deux hypothèses, ainsi que cela résulte du mot *Item* qui les unit ; si dans le § 1^er^, il y a une faculté pour le débiteur, faculté qu'il pourra exercer jusqu'à la *litis contestatio*, il doit y avoir de même une *facultas solutionis* dans le *principium;* le § 1^er^ corrobore donc notre explication, et il la précise même, en fixant à la *litis contestatio* le moment à partir duquel la *facultas solutionis* ne peut plus être exercée, — ce qui d'ailleurs est conforme aux principes généraux de la procédure formulaire[1].

37. — Une personne, débitrice de dix, promet, pour se libérer, de fournir l'esclave Stichus, de telle manière que cette promesse constitue pour elle non plus une simple faculté, mais une véritable *obligation* (je suppose toujours que l'intention des parties n'a pas été d'éteindre la dette primitive). Le créancier alors ne peut pas exiger à la fois les dix et l'esclave, mais il peut réclamer l'un ou l'autre objet, à son choix; le débiteur, de son côté, ne peut pas se libérer en offrant l'une ou l'autre chose ; il sera tenu de fournir celle que le créancier lui demandera : il y a une espèce d'obligation alternative, au choix du créancier.

L'hypothèse est prévue par la L. 28, *De novationibus,* 46, 2, dont j'ai déjà parlé. Papinien suppose qu'après avoir stipulé le fonds Cornélien, je stipule sa valeur en argent (*quanti fundus est*). Si l'intention des parties a été que la dette primitive fût éteinte, il y a novation; sinon, la dette primitive subsiste, et l'obligation née de la seconde stipulation vient se placer à côté de la première. — Dans cette hypothèse, on conçoit bien qu'il n'y ait pas une faculté pour le débiteur, et que le choix appartienne au créancier. Quelle a pu être, en

[1] Römer, p. 71 et 72 *in fine*. Cpr. la L. 21, § 12, *De arbitr.*, 4, 8, qui indique cette solution pour un cas d'obligation facultative non conventionnelle.

effet, l'intention des parties en procédant ainsi? Papinien nous l'indique lui-même : le créancier a voulu se mettre à l'abri des changements dans la valeur du fonds. « En stipu-« lant *quanti fundus est*, ce que vaut ce fonds aujourd'hui, je « stipule une valeur invariable, et je rejette tous les risques « de détérioration ou de perte à la charge de mon débiteur[1]. » C'est donc l'intérêt du créancier qui est en jeu, et on conçoit facilement qu'il se soit réservé le droit d'agir en vertu de l'une ou de l'autre stipulation : si le fonds Cornélien a diminué de valeur depuis la seconde stipulation, le créancier demandera la *quanti fundus est;* si la chose a augmenté de valeur, le créancier réclamera le fonds lui-même : le débiteur ne peut se soustraire à cette alternative. La preuve que le créancier peut choisir résulte d'ailleurs du texte lui-même, ainsi que le prouvent les mots *nec si litem actor ex primâ...* etc.

38. — Jusqu'à quel moment le créancier conservera-t-il le droit de choisir? Si nous étions en présence d'une véritable alternative, la réponse ne serait pas douteuse; le choix du créancier pourrait être exercé jusqu'à ce que le débiteur lui ait fourni l'une des deux choses promises, ou jusqu'à ce qu'il y ait eu *litis contestatio* sur l'action du créancier tendant à obtenir l'une des deux choses, ou même jusqu'à ce que le créancier ait mis le débiteur en demeure d'exécuter l'une ou l'autre des prestations. — Mais la situation qui nous occupe n'est pas absolument identique à celle résultant de l'obligation alternative. Dans ce dernier cas, il y a une obligation unique, susceptible de porter sur l'un ou sur l'autre de deux objets; au cas qui nous occupe, il y a deux obligations distinctes, et on conçoit que l'exécution de l'une,

[1] Gide, *Études sur la novation*, p. 145.

ou la *litis contestatio* sur l'une d'elles, reste sans effet sur l'autre[1]. Mais ce n'est pas à dire qu'après avoir obtenu l'une des deux choses, le créancier puisse exiger l'autre. Cela serait profondément injuste, et contraire à l'intention des parties, qui n'ont pas voulu que le créancier pût cumuler l'avantage des deux actions. Si donc le créancier, après avoir obtenu le fonds Cornélien, par exemple, prétendait exiger l'estimation, ou inversement, s'il réclamait le fonds après en avoir reçu la valeur, il devrait être repoussé par une exception, ainsi que cela résulte *a contrario* de notre loi 28 : ... *Secunda stipulatio jure non tollitur,* dit Papinien... Elle n'est pas éteinte de plein droit[2]; *a contrario*, elle est éteinte *exceptionis ope*. L'exception n'est pas donnée ici à raison de la seconde promesse qui a été faite; elle est donnée à raison de ce fait que l'une ou l'autre des deux promesses a été accomplie, et pour respecter l'intention des parties, à savoir que le créancier ne pourra pas cumuler les actions qui résultent de ces deux promesses.

39. — Ainsi, quand il y a eu promesse de fournir une chose autre que la chose due, cette promesse ne réalise pas une dation en paiement; mais elle n'est pas dépourvue de tout effet. Cet effet peut être fort différent suivant les cas : tantôt elle éteindra la dette primitive, — au moins *exceptionis ope* —, tantôt elle la laissera subsister, et se placera à côté d'elle, ayant d'ailleurs été contractée soit dans l'intérêt du

[1] Römer, p. 79. C'est à tort que cet auteur cherche à distinguer entre l'exécution par le débiteur et la *litis contestatio;* la preuve en est dans la L. 28 *de nov.* elle-même, qui assimile les deux hypothèses au point de vue qui nous occupe.

[2] Que tel soit ici le sens du mot *jure*, c'est ce que prouvent les Basiliques, qui emploient l'expression ἰδίῳ δικαίῳ, c'est-à-dire *ipso jure* (Basiliques, 26.4.28). V. Römer, p. 22, et Gide, *loc. cit.*, p. 145, à la note. — Sur la portée de l'exception, lire ce dernier passage.

débiteur, soit dans l'intérêt du créancier. Il n'y aura qu'à rechercher la volonté des parties. Mais que décider, si cette volonté n'est pas exprimée et ne résulte pas suffisamment des circonstances? Je crois qu'alors il faut présumer l'intention de laisser subsister la première obligation. En ce qui concerne le créancier, en effet, ce à quoi il tient surtout, c'est de recevoir son dû; la promesse de fournir autre chose n'est pour lui qu'un pis-aller; son intérêt est donc que l'obligation primitive persiste, afin d'en obtenir l'exécution, si c'est possible. Il ne faut pas non plus oublier que personne ne doit être facilement présumé renoncer à un droit existant en sa faveur. Quant au débiteur, son intérêt peut aussi apparaître. Il se peut que, maintenant, il soit en état de payer la dette; pourquoi ne lui permettrait-on pas de le faire et d'échapper ainsi aux conséquences d'une promesse qu'il aura faite, le plus souvent, sous l'empire de la nécessité. — Et ce dernier motif nous conduit à cette seconde règle, qu'il faudra admettre plus facilement la concession d'une *facultas solutionis* pour le débiteur, que l'établissement d'une obligation à sa charge. Par là, nous ne faisons qu'appliquer à notre hypothèse un principe plus général, savoir qu'il faut toujours interpréter la convention dans le sens le plus favorable au débiteur (Accarias, n° 499, t. II, p. 213).

40. — La L. 45, D. *De solut.*, 46, 3, fait l'application des règles que je viens de poser, et par là même elle en fournit la justification. Un mari a promis à sa femme par stipulation de lui donner en paiement lors de la dissolution du mariage les biens qui garantissent la restitution de la dot. Il s'agit ici, évidemment, d'un débiteur embarrassé, qui, n'ayant pas les fonds nécessaires pour acquitter sa dette, promet une autre chose à la place de la chose due. Son obligation sera-t-elle éteinte? Non; il vaut mieux lui laisser la possibilité de payer

la dette primitive, si ses affaires s'améliorent. Il suffira, dit Ulpien, que le mari offre le montant de la dot, *satis esse dotis offerre quantitatem;* et quant à la femme, elle ne pourra pas se plaindre, puisqu'elle recevra précisément ce qui lui est dû. Römer se prévaut de ce texte pour soutenir que l'obligation primitive subsiste toujours à côté de l'obligation résultant de la promesse de *dare aliud pro alio* (p. 18, 19, 20). Sans doute la solution donnée par Ulpien est conforme à l'intention la plus probable des parties ; mais cette intention peut être tout autre, ainsi que nous l'avons constaté.

CHAPITRE II.

ÉLÉMENTS DE LA DATION EN PAIEMENT.

41. — De ce que nous avons dit au précédent chapitre, il résulte que la *datio in solutum* aboutit à l'extinction d'une dette par la prestation d'un objet autre que l'objet dû. Cette notion sommaire nous indique déjà deux éléments essentiels de la dation en paiement : il faut d'abord une dette à éteindre; il faut, en second lieu, la prestation d'un objet autre que l'objet primitivement dû. Ces deux éléments sont compris dans la formule très large et très expressive employée par les textes : *aliud pro alio;* mais ce ne sont pas les seuls. Il en est un troisième sur lequel les textes romains insistent tout particulièrement; c'est le consentement des parties, et spécialement le consentement du créancier, *consentiente creditore,* disent les Institutes, après Gaius. Enfin, n'oublions pas que la dation en paiement est un acte juridique, et que, par conséquent, elle implique chez ceux qui l'accomplissent certains pouvoirs, certaine capacité.

Déterminer et préciser ces éléments divers, tel doit être l'objet du présent chapitre, que nous diviserons en quatre sections. Nous traiterons successivement.

1° De l'obligation à éteindre;

2° Des choses qui peuvent être données en paiement;

3° Des pouvoirs et de la capacité requise en matière de dation en paiement;

4° Du consentement des parties dans la dation en paiement.

SECTION I.

De la dette à éteindre.

42. — La *datio in solutum,* qui se forme indépendamment de toute solennité, doit avoir une cause. Cette cause, la nature même des choses l'indique, réside dans une obligation existante qu'il s'agit d'éteindre. Tous les textes qui s'occupent de la matière supposent cela, et les expressions qu'ils emploient, *aliud* pro alio *solvere, rem* pro re *solvi posse rebus* pro pecuniâ *datis,* etc., ne sauraient laisser de doute à cet égard. S'il se trouvait qu'en fait une prestation quelconque eût été accomplie en l'acquit d'une dette inexistante, cette prestation devrait être anéantie, et le *tradens* obtenir la restitution de ce qu'il aurait fourni; comment, en effet, peut-il être question d'éteindre une dette qui n'existe pas?

Il faut donc une obligation à éteindre pour que la dation en paiement soit efficace, en tant qu'acte extinctif; c'est là une condition nécessaire; j'ajoute qu'elle est suffisante, c'est-à-dire qu'une obligation quelconque pourra donner lieu à une *datio in solutum.* Les Institutes l'expriment du reste formellement, lorsqu'elles nous disent : *Tollitur* omnis *obligatio...*, etc. (III, 29, princ.). Peu importera donc la source même de l'obligation : qu'elle résulte d'un contrat quelconque ou d'un quasi-contrat, qu'elle ait son origine première dans un délit ou dans un quasi-délit, la *datio in solutum,* comme le paiement lui-même, pourra toujours s'y appliquer. D'un autre côté, il importera peu que le *negotium,* à l'occa-

sion duquel l'obligation a été contractée, soit à titre onéreux ou à titre gratuit. Le premier cas se présentera sans doute plus souvent dans les faits; mais les textes nous fournissent aussi des exemples de dation en paiement appliquée à des promesses faites dans une intention de libéralité (Cpr. L. 98, *De solut.*, 46, 3). En ce qui concerne l'objet de l'obligation, la plupart des textes, qui se réfèrent à la dation en paiement, supposent que l'obligation consistait à fournir une chose déterminée, ou, le plus souvent, à payer une somme d'argent[1]. Mais ceci n'a rien de limitatif, ainsi que le prouvent suffisamment les textes de principe, auxquels il faut toujours revenir, je veux parler de Gaius (III, 168), et des Institutes (III, 29 princ.). Que l'obligation porte donc sur un corps certain, une chose de genre, ou une somme d'argent, qu'elle ait pour objet une *datio*, un fait quelconque ou une abstention, elle sera toujours susceptible de donner lieu à une *datio in solutum*.

43. — De même que l'on peut payer une dette à terme, avant que l'échéance ne soit arrivée (L. 70, *De solution.*), de même on pourrait faire une dation en paiement relativement à une semblable dette. Ici, il n'y a pas à se préoccuper du point de savoir si le terme avait été inséré dans l'intérêt du débiteur ou dans l'intérêt du créancier : la *datio in solutum* implique en effet nécessairement le consentement de ce dernier; elle ne saurait donc pas plus lui être imposée avant l'échéance, qu'elle ne pourrait l'être après, alors même qu'il s'agirait d'un terme admis uniquement dans l'intérêt du débiteur. A l'inverse, une dette conditionnelle ne saurait être l'objet d'une *datio in solutum;* tant que l'événement prévu

[1] L. 46 pr., D. *De solut.*, 46, 3; L. 26, § 4, D. *De cond. ind.*, 12, 6; L. 1, § 5, D. *De pecun. constit.*, 13, 5; L. 17, C. *De solut.*, 8, 43, etc.

ne s'est pas réalisé, cette dette doit être considérée comme n'existant pas (Accarias, n° 537, II, p. 294).

Une prestation accomplie en vue d'éteindre une obligation naturelle serait-elle valablement fournie? Aucun texte ne l'indique expressément; mais l'affirmative ne me paraît pas douteuse. La règle c'est que toute obligation qui peut faire l'objet d'un paiement peut donner lieu à une *datio in solutum*[1]; telles sont bien les obligations naturelles. D'ailleurs les obligations naturelles peuvent faire l'objet d'une novation ou d'un pacte de constitut[2]; on ne comprendrait pas que la *datio in solutum* ne pût leur être appliquée, car elle procure au créancier une satisfaction au moins égale à celle qu'il peut retirer du constitut ou de la stipulation novatoire, une satisfaction plus avantageuse même, puisqu'elle produit un résultat immédiat.

Notons en terminant que la dette peut être aussi bien la dette d'un tiers que la dette de celui qui accomplit la prestation à titre de paiement (Römer, p. 38; *infrà*, n° 67). Du moment que le créancier accepte cette prestation, qu'elle émane ou non du débiteur, l'effet libératoire n'en sera pas moins produit au profit de ce dernier. Celui qui fait une dation en paiement de la dette d'autrui doit savoir ce qu'il fait; sans doute il s'est ménagé un recours, ou bien il a voulu faire une libéralité au débiteur; ce n'est qu'au cas où il aura été victime d'une erreur qu'il y aura lieu de lui venir en aide, pour empêcher que l'*accipiens*, ou plutôt le débiteur lui-même, ne s'enrichisse à ses dépens; mais nous touchons

[1] Les Allemands disent énergiquement que pour pouvoir être l'objet d'une dation en paiement, il suffit que la dette soit *payable* (*Zahlbar*). Römer, p. 31.

[2] L. 1, § 1, D. *De novation.*, 46, 2, et L. 1, § 7, *De pec. constit.*, 13, 5. — Cpr. Accarias, n° 726, II, p. 792.

ici à un nouvel ordre d'idées, qu'il nous faut maintenant aborder.

44. — Supposons qu'en fait il y ait eu dation en paiement d'une dette qui n'existait pas. Par exemple, c'est un héritier qui, après avoir fait une dation en paiement, découvre que la dette avait déjà été éteinte par son auteur; ou bien le débiteur a payé à celui qu'il croyait son créancier et qui ne l'était pas : la dette est inexistante, au moins à l'égard de l'*accipiens*. On peut encore supposer que l'objet de la dette était un corps certain, un cheval, par exemple, et qu'il a péri par cas fortuit : l'obligation est éteinte faute d'objet; la dation en paiement que le débiteur aurait accomplie en l'acquit de cette obligation est nulle. Tous ces exemples impliquent que celui qui a fait la *datio in solutum* a été dans l'erreur. S'il avait agi en connaissance de cause, en effet, ou bien il aurait eu l'idée de libérer un tiers, et alors il aurait un recours possible contre ce dernier, mais aurait accompli un acte parfaitement valable, ou bien il aurait eu pour but de faire une libéralité au prétendu créancier (cf. L. 53, *De R. J.*, 50, 17) et alors de quoi pourrait-il se plaindre? Au point de vue où nous nous plaçons, le cas où la dette n'existait pas n'est pas le seul qui puisse se présenter. Il se peut que cette dette soit affectée d'une cause de nullité, par exemple qu'elle soit entachée de dol, de violence, d'incapacité. Si le débiteur connaissait le motif d'annulabilité, et a fourni cependant une prestation en paiement (à supposer qu'il fût capable de le faire), cet acte implique de sa part renonciation au droit de se prévaloir de la nullité; et la dation en paiement est valablement accomplie. Mais c'est par erreur que le débiteur a fait la *datio in solutum;* je crois qu'alors la solution doit être la même qu'au cas où la dette était inexistante, sous une réserve cependant, c'est que la dation en paiement serait efficace, si la nullité

laissait subsister après elle une obligation naturelle. Je fais allusion au cas où une obligation a été contractée par un fils de famille, contrairement au sénatus-consulte Macédonien; cette obligation est nulle *jure civili,* mais elle vaut suivant le droit naturel; la dation en paiement qui en serait faite serait valable.

45. — Nous avons jusqu'à présent laissé dans l'ombre le sort de la dation en paiement accomplie sur une obligation inexistante ou nulle; nous avons à dessein employé des expressions vagues, nous avons dit qu'elle était inefficace, qu'elle n'était pas valable, etc. Il nous faut maintenant préciser davantage. En somme, dans les cas précédemment indiqués, le débiteur a payé alors qu'il ne devait pas, et d'autre part, nous l'avons supposé, il a payé de bonne foi, croyant qu'il devait; or, le paiement de l'indû, l'erreur du *solvens,* ce sont là les deux éléments essentiels de la *condictio indebiti :* c'est grâce à cette action que le *solvens* pourra se faire tenir compte de la prestation qu'il a accomplie sans cause. Et nous avons en effet un texte d'Ulpien, la L. 26, §§ 4 à 6, *De condict. indeb.*, 12, 6, qui fait l'application formelle de la théorie de la répétition de l'indû à la *datio in solutum.* Ulpien suppose que par erreur on a donné en paiement une chose d'une valeur bien supérieure au montant réel de la dette, et il accorde au *solvens* la *condictio* pour se faire tenir compte de ce qu'il a payé en trop. Si la *condictio indebiti* est donnée dans une hypothèse où la dette existe réellement, mais a été exagérée, à plus forte raison doit-elle l'être, s'il n'y a pas de dette du tout (Römer, p. 135).

Par la *condictio indebiti,* le prétendu débiteur obtiendra que les choses soient remises en leur état primitif. Remarquons bien en effet qu'il ne serait pas exact de dire que la dation en paiement d'une dette inexistante ou nulle est nulle

elle-même. Sans doute, il ne saurait être question de l'effet extinctif, puisqu'il n'a pas de dette à éteindre; mais la prestation faite à titre de *datio in solutum* vaut comme telle; si le prétendu débiteur a livré une chose à titre de paiement, la propriété de cette chose est transmise à l'*accipiens;* s'il a exécuté un fait quelconque au profit du créancier, l'avantage qui résulte de l'accomplissement du fait se trouve acquis à ce dernier. L'action en répétition de l'indû n'est qu'une action personnelle, qui tendra, je le répète, à rétablir les choses en leur premier état. L'*accipiens* devra donc retransférer au *solvens* la propriété de la chose livrée; il devra lui tenir compte du profit qu'il a retiré de l'exécution du fait. Pour me libérer d'un dette dont j'étais tenu envers vous, j'ai accompli un fait; par exemple, j'ai exécuté des peintures murales dans votre maison. J'aurai la *condictio indebiti* pour recouvrer, comme on l'a dit, « la valeur estimative du fait[1]. » L'application de la *condictio indebiti* à la *datio in solutum* est donc très générale; elle est donnée pour les faits accomplis aussi bien que pour les transmissions de propriété opérées, alors même qu'il s'agirait, comme dans l'espèce précédente, d'un fait irrévocable. Il n'y a qu'un cas où l'exercice de cette action serait impossible; c'est celui où le fait réalisé serait à la fois irrévocable et insusceptible d'estimation : tel serait, par exemple, l'affranchissement d'un esclave accompli à titre de *datio in solutum.*

46. — Dans les §§ 4, 5, 6 de la L. 26, *De cond. ind.,* Ulpien ne fait qu'appliquer à la *datio in solutum* la solution donnée par Paul relativement au paiement ordinaire. Paul dans la L. 84 pr., *De reg. juris,* 50, 17 accorde aussi la *condictio indebiti* à celui qui a payé plus qu'il ne devait (*quum amplius solutum est quam debebatur*).

[1] Accarias, n° 661, II, p. 608. Cpr. L. 26, § 12, *De cond. ind.,* 12, 6.

Mais dans quelle mesure notre action sera-t-elle donnée? Va-t-elle permettre au débiteur de réclamer la chose tout entière qu'il a livrée, ou bien n'aboutira-t-elle qu'à la restitution de la partie de cette chose qui excède le montant de la dette? Ulpien distingue à cet égard deux hypothèses.

1° Prenons d'abord l'hypothèse la plus simple. Le débiteur d'une somme de 100, croyant qu'il doit 200, donne en paiement de l'huile pour une valeur de 200 (§ 5); ou bien, il doit la moitié d'une chose qui vaut 200; croyant devoir la chose entière, il donne en paiement une somme de 200 (§ 6). Dans ces deux cas, le débiteur a livré des choses parfaitement divisibles, des choses sans unité naturelle[1], et qui sous une même quantité, avec la même qualité, sont susceptibles de procurer la même utilité, — en un mot, des choses fongibles. Le débiteur ici réclamera seulement ce qu'il a livré en trop : la moitié de l'huile, la moitié de l'argent. Il n'aurait d'ailleurs aucun intérêt à exiger la restitution du tout, puisque son but est atteint, et que l'extinction de sa dette lui est procurée par le surplus qui reste entre les mains du créancier. Ce dernier n'aura pas à se plaindre non plus. Sans doute, la chose qu'il garde en définitive est autre que celle qui lui était primitivement due; mais il a consenti à cette substitution. Il a entre les mains une valeur équivalente au montant exact de sa créance; cette valeur, il l'a pleine et entière; nul droit voisin ne vient gêner le sien; la division en deux parts de l'huile ou de l'argent n'en diminue pas la valeur : « les choses fongibles forment un composé, « un assemblage; la plus petite partie, après la séparation, « conserve identiquement la valeur qu'elle avait dans l'ensemble. » (Römer, p. 138.) Le créancier ne subit aucune perte; que pourrait-il réclamer?

[1] *Die Fungibilien bilden keine natürliche Einheit*, Römer, p. 138.

47. — 2° Le débiteur d'une somme de 100, donne en paiement à son créancier un fonds qui vaut 200, croyant que c'est à cette somme que s'élève le montant de sa dette ; il découvre ensuite qu'il s'est trompé ; il pourra répéter le fonds pour la totalité, sauf à rester tenu en vertu de sa dette primitive (L. 26, § 4)... *Sed et condictio integræ rei manet, et obligatio incorrupta.* Et Paul nous dit de même : ... *totum esse indebitum intelligitur, manente pristinâ obligatione* (L. 84, *De Reg. Juris*).

Quel est le motif de cette décision? Paul, dans le texte que je viens de citer, nous dit que la répétition du tout est accordée... *quum pars non invenitur quæ repeti possit*, c'est-à-dire que ce serait l'indivisibilité de la prestation fournie à titre de paiement, qui en empêcherait la réclamation partielle. Ce motif ne peut être admis, car il tendrait à restreindre singulièrement la solution donnée par nos deux textes ; cette solution serait limitée aux cas où la prestation qui a été fournie en paiement était en soi indivisible, et consistait par conséquent soit à constituer une servitude prédiale, soit à accomplir un fait qui n'est pas susceptible d'exécution partielle (Accarias, n° 516, II, p. 250). Si d'ailleurs ce motif était exact, la solution donnée par la L. 26, § 4, devrait être tout autre : on conçoit parfaitement une action tendant à obtenir la moitié d'un immeuble déterminé. Et c'est précisément la possibilité d'une telle action qui explique notre décision. N'oublions pas en effet que la livraison du fonds au créancier a produit son effet translatif, de sorte que celui-ci est devenu propriétaire de l'immeuble pour la totalité. Si donc l'action du débiteur était limitée à la moitié de l'immeuble que le créancier a reçue en trop, ce dernier étant obligé de lui retransférer la propriété de cette moitié, il en résulterait une indivision entre eux quant à l'immeuble,

c'est-à-dire une situation pleine d'inconvénients et d'ennuis, avec la nécessité de procéder au partage. On ne veut pas qu'un pareil résultat se produise : *nemo enim invitus compellitur ad communionem.*

48. — Cette solution est donnée aussi bien dans l'intérêt du débiteur que dans celui du créancier, — du débiteur d'abord qui aurait sans doute été en état de payer la dette, s'il avait su qu'elle ne s'élevait qu'à cent, et qui dans tous les cas n'aurait pas consenti à donner une chose d'une telle valeur; — du créancier ensuite qui a bien consenti à devenir seul et unique propriétaire du tout, mais non pas propriétaire d'une part indivise, et contre la volonté duquel on irait si on lui imposait l'obligation d'être le copropriétaire du débiteur (Römer, p. 136). Cette double observation n'est pas inutile; elle va nous aider à résoudre une question assez délicate qui pourrait s'élever sur l'interprétation de la L. 26, § 4. La décision de ce texte est-elle absolue, en ce sens que le créancier ne pourrait pas se soustraire à son application? Ne doit-il pas être permis au créancier de conserver la chose en offrant de payer la différence entre le montant exact de la dette et la valeur de la chose? — On pourrait être tenté de répondre affirmativement, car, en somme, le débiteur n'y perdrait rien. Et on pourrait invoquer par analogie la solution donnée par un texte de Marcien, sur lequel nous aurons à revenir plus d'une fois, la L. 46, au Dig., *De solution.*, 46, 3, en son § 2. On a donné en paiement un fonds estimé au-dessus de sa valeur réelle ; la dette subsiste, dit Marcien, à moins que le débiteur ne paie la différence entre la valeur réelle et la valeur d'estimation. Le débiteur peut donc imposer au créancier, dans ce cas, de conserver la chose par devers lui. Ne serait-il pas juste d'appliquer par réciprocité cette solution au cas qui nous

occupe et d'admettre que le créancier pourra conserver la chose en indemnisant le débiteur? Je ne le crois pas. La L. 26, § 4, ne fait pas une pareille restriction : *Competere repetitionem Marcellus scribit,* dit-elle en termes absolus; et plus loin : *Condictio integræ rei manet.* D'un autre côté, sa décision est donnée dans l'intérêt du débiteur aussi bien que dans l'intérêt du créancier; autoriser le créancier à garder la chose, ce serait lui sacrifier le débiteur, sans qu'il en résultât pour lui un grand avantage, puisqu'en définitive, la dette n'étant pas éteinte, il obtiendra ce à quoi il avait primitivement droit. Dans la L. 46, § 2, *De solut.,* l'intérêt du créancier cède sans doute le pas à l'intérêt du débiteur; mais nous aurons à constater que c'est dans une bien faible mesure. Il est probable que le débiteur peut payer facilement la différence entre la valeur de la chose et le montant de l'estimation, alors qu'il lui serait difficile, pour ne pas dire impossible, de payer toute la dette; un puissant motif d'équité plaide en sa faveur dans ce cas, tandis qu'on n'en peut pas dire autant pour le créancier dans le cas prévu par la L. 26, § 4. — J'ajoute qu'il existe encore une autre différence entre les deux hypothèses. Dans le cas de la L. 46, § 2, l'exagération ne sera jamais très considérable, puisque l'estimation est faite concurremment par les deux parties; le montant de cette estimation ne dépassera donc que pour une portion relativement faible la valeur réelle de la chose, et le créancier n'aura pas beaucoup à souffrir, s'il a une chose qui, en définitive, au lieu de valoir 100, comme il s'y attendait, ne vaut que 90, par exemple; tout ce qu'il peut raisonnablement exiger en pareil cas, c'est de ne subir aucune perte et d'obtenir les 10 qui lui manquent. De plus grandes divergences sont, au contraire, à craindre dans le cas de la L. 26, § 4, *De solut.;* le débiteur peut croire qu'il

doit deux fois, quatre fois, dix fois plus qu'il ne doit en réalité, et fournir en conséquence une chose de grande valeur, alors que, peut-être, il lui aurait été facile de payer, s'il n'eût été dans l'erreur. Sera-t-il juste que le créancier puisse, à son gré, l'empêcher de recouvrer une chose qu'il a fournie indûment pour la plus grande partie? Certainement non.

Ainsi je ne crois pas que le créancier puisse conserver la chose en indemnisant le débiteur; mais il faut, bien entendu, que ce dernier lui paie ce qu'il lui doit véritablement : *obligatio manet incorrupta;* et, comme garantie, la fin du § 4 accorde au créancier le droit de retenir la chose, tant que ce paiement n'aura pas été effectué.

49. — La L. 26, §§ 4 et suiv. que nous venons de commenter, est une des plus importantes de celles qui se réfèrent à la *datio in solutum.* Indépendamment de la solution directe qu'elle fournit, elle peut servir d'argument relativement à la décision de deux questions que l'on peut à bon droit considérer comme les plus importantes du sujet.

1° Quant à la nature même de la dation en paiement, notre texte prouve que pour les Romains la *datio in solutum* n'était pas une vente. Nous avons vu que, d'après certains interprètes, quand une chose est donnée en paiement d'une dette d'argent, l'opération doit être considérée comme une vente de la chose; l'obligation primitive est éteinte, dit-on, par une compensation conventionnelle entre cette obligation et la créance du prix. Si cette opinion était exacte, la solution donnée par la L. 26, § 4 devrait être tout autre : il faudrait en effet considérer l'immeuble comme définitivement acquis au créancier à titre d'achat, et le débiteur ne pourrait pas le réclamer. Il ne pourrait prétendre qu'une chose, savoir : que la compensation a produit effet seule-

ment jusqu'à concurrence de cent, montant réel de la dette primitive; que pour le surplus la créance du prix subsiste, et c'est seulement cet excédant de la créance du prix sur le montant de la dette que le débiteur pourrait réclamer[1]. Notre texte décide précisément le contraire; la dette n'est pas éteinte, et c'est le fonds lui-même qui sera l'objet de la réclamation. Le § 5 nous fournit un argument analogue. S'il y avait vente dans l'hypothèse qu'il prévoit, le créancier, considéré comme acheteur, devrait conserver toute l'huile : et ce n'est pas la moitié de l'huile qu'il a fournie que le débiteur pourrait réclamer, mais une somme d'argent de cent. — L'argument, on l'a justement fait remarquer, est d'autant plus probant, que la L. 26 est un texte d'Ulpien, et que c'est précisément sur un fragment du même Ulpien (la L. 24 pr., *De pigner. act.,* 13, 7) que s'appuient surtout, nous l'avons vu, les partisans de la théorie de la vente (Römer, p. 137; de Ségogne, *Th.,* p. 28, note).

2° Quant aux effets de la dation en paiement, on se demande, nous le verrons, si la créance primitive doit être considérée comme définitivement éteinte par la *datio in solutum,* ou bien si elle ne subsiste pas, de manière à ce que le créancier puisse s'en prévaloir pour le cas où il viendrait à être inquiété relativement à la chose reçue en paiement. Le § 4 prévoit précisément une hypothèse où il en est ainsi : le créancier est actionné en restitution du fonds; par deux fois, on nous dit que l'obligation primitive subsiste dans toute son étendue :... *et centum manere stipulationem...; manet obligatio incorrupta...* Les auteurs qui soutiennent que l'obli-

[1] Römer (p. 137) exprime que l'action, qui serait donnée au débiteur dans ce but, serait la *condictio indebiti.* Il serait plus logique, ce semble, de dire dans l'opinion adverse que c'est l'*actio venditi* qui lui compète, puisque c'est la créance du prix qu'il fait valoir.

gation primitive est éteinte, s'appuient encore sur la L. 24 pr., *De pign. act.;* Ulpien serait ainsi doublement en contradiction avec lui-même! Cela ne doit-il pas nous amener à dire que la L. 24, *De pign. act.,* n'a pas du tout le sens qu'on veut lui attribuer?

SECTION II.

Quelles choses peuvent être données en paiement.

50. — Le débiteur peut s'acquitter en fournissant, à la place de la chose due, un objet quelconque de son patrimoine (Römer, p. 32, III; de Ségogne, *Th.,* p. 41; Bisson, *Th.,* p. 13). Les textes à la vérité prévoient particulièrement le cas où une chose corporelle, — spécialement un immeuble, est donné en paiement d'un dette d'argent. Mais c'est qu'ils visent l'hypothèse la plus ordinaire et la plus pratique, et l'expression si large, *aliud pro alio solvere,* employée par Gaius (III, § 168) et les Institutes (III, 29 pr.), dans les textes mêmes où le principe de la *datio in solutum* est posé, cette expression nous prouve bien qu'à cet égard il n'existait dans l'esprit des Romains aucune limitation autre que celles résultant des principes généraux (*adde* encore, L. 2, § 1, D. *De reb. cred.,* 12, 1). Pour poser une formule un peu plus précise, je dirai que *toute prestation qui peut former l'objet d'une obligation peut être fournie en paiement,* droit de propriété ou droit réel quelconque sur un objet corporel, droit de créance, fait ou abstention. Étudions successivement les trente et un termes de cette énumération.

51. — 1° *Choses corporelles.* On peut donner en paiement des objets corporels quelconques, mobiliers ou immobiliers, pourvu qu'ils soient dans le commerce d'une manière générale, et aussi dans le commerce à l'égard du créancier (Cf.

Accarias, n° 197, *in fine,* I, p. 475; n° 508-2° et 3°, II, p. 236). On ne pourrait donc donner en paiement un homme libre que l'on croit esclave, pas plus d'ailleurs qu'on ne pourrait le vendre. C'est ce que nous dit la L. 8, C. *De Sent.,* 7, 45 que nous aurons à expliquer en détail. Une certaine Théodora, donnée en paiement par un débiteur à son créancier, a été reconnue libre. Dioclétien examine quelle sera la voie de recours ouverte au créancier, et il lui permet d'exercer son action primitive, ce qui suppose nécessairement que la dation en paiement avait été inefficace. De même, le débiteur ne saurait transférer en paiement une chose dont l'acquisition est impossible au créancier, par exemple un fonds situé dans une province à l'égard du gouverneur de cette province. Tout cela n'est que l'application du droit commun.

Quand la dation en paiement porte ainsi sur une chose corporelle, le débiteur devra transférer la propriété de cette chose au créancier, et ce n'est qu'à cette condition que l'effet libératoire sera produit. Nous verrons, en effet, que la dette n'est éteinte qu'autant que le créancier a obtenu satisfaction pleine et entière; il devra donc être rendu propriétaire, et ici, je signale en passant, sauf à y revenir plus au long, une nouvelle différence avec la vente. Dans la vente, en effet, il n'est pas besoin que l'acquéreur soit rendu propriétaire; le vendeur n'est tenu qu'à lui procurer la libre possession de la chose; ici, il faut que le débiteur rende le créancier propriétaire; et j'aurai plus tard à tirer de là une conséquence importante au point de vue de la garantie due par le débiteur en matière de dation en paiement. — La transmission de la propriété, au reste, sera faite, conformément au droit commun, par tradition ou par mancipation (*res mancipi*); il est inutile d'insister sur ce point (Cpr. Bisson, *Th.,* p. 25 et suiv.).

52. — Le débiteur peut transférer en paiement un droit réel sur sa chose autre que le droit de propriété (De Ségogne, *Th.*, p. 42). Il pourrait constituer sur son fonds au profit d'un immeuble du créancier une servitude prédiale; il pourrait établir au profit de ce dernier un droit d'usufruit, un droit d'usage ou d'habitation sur tel ou tel de ses biens; il pourrait enfin lui concéder un droit d'emphytéose ou un droit de superficie. L'extinction de l'obligation serait procurée grâce à l'acte constitutif de l'un ou l'autre de ces droits, au même titre qu'elle le serait par un acte translatif de propriété; le créancier a reçu une satisfaction qu'il a jugée suffisante; la dette est éteinte. En second lieu, le débiteur pourrait, à titre de paiement, renoncer à un droit réel existant à son profit sur un fond du créancier. L'extinction de ce droit réel qui sera le plus souvent opérée par *in jure cessio*, mais qui pourra aussi résulter de la seule convention[1], entraînera par voie de conséquence l'extinction de la dette primitive.

Supposons maintenant un droit réel existant déjà dont le débiteur est titulaire, et qu'il voudrait céder en paiement à son créancier. Le peut-il, en supposant, bien entendu, que ce dernier y consente? Römer n'en doute pas, et d'après lui, on peut donner en paiement « les droits réels sur la chose d'autrui » (p. 33 *in fine*). Ainsi présentée, la solution, au point de vue de la législation romaine est beaucoup trop absolue. En ce qui concerne tout d'abord les servitudes prédiales, elles sont inséparables du fonds dominant et ne peuvent être cédées indépendamment de ce fonds; elles ne sauraient donc être données en paiement. De même l'usager doit exercer son droit par lui-même, et il ne pourrait se subs-

[1] Accarias, n° 272-1°, I, p. 650 et n° 279, 4°, I, p. 675.

tituer un tiers (Instit., II, 5, §§ 1, 2). Le titulaire d'un droit d'habitation pourrait bien, d'après les Institutes, le louer à un tiers (*loc. cit.*, § 5) ; mais il faut conclure de là *à contrario* qu'il ne pourrait céder son droit, et qu'il ne pourrait par conséquent le donner en paiement. Théoriquement, nous devrions poser la même règle pour le droit d'usufruit; en lui-même l'usufruit doit être considéré comme attaché à la personne du titulaire et comme intransmissible (Cf. Accarias, n° 264, I, p. 630). Mais pratiquement, on arrive à un résultat analogue à celui que produirait la cession directe du droit d'usufruit; ne pouvant le céder lui-même, le titulaire en cède l'exercice, par conséquent l'émolument, et ainsi, il pourrait réaliser une *datio in solutum* (Cf. Accarias, n° 276, I, p. 664). Restent les droits réels prétoriens d'emphytéose et de superficie; pour ceux-là la formule de Römer est exacte; on peut, en effet, les transmettre même à titre particulier, sauf, en ce qui concerne l'emphytéose, le droit de préemption accordé par Justinien au propriétaire du fonds grevé (L. 1, § 7, *De superf.*, 43, 18; L. 3, C. *De jure emphyt.*, 4, 66).

53. — 2° *Créances.* Que l'on puisse donner en paiement les créances dont on est soi-même titulaire vis-à-vis de tiers, c'est indiscutable et de nombreux textes le prouvent. Une constitution de Dioclétien et Maximien, notamment, porte qu'on ne peut contraindre le créancier à recevoir en paiement un droit de créance contre un tiers[1], — appliquant ainsi à un cas particulier une règle générale de la *datio in solutum*, que nous aurons à étudier plus loin (L. 1, C. *De solut.*, 8,43. Cpr. L. 5, C. *Quando fisc.*, 4, 15; L. 6, C. *De O et A.*, 4, 10).

La dation en paiement d'une créance sera réalisée par l'un quelconque des procédés au moyen desquels le bénéfice d'une

[1] Avec le consentement du créancier, une telle dation en paiement serait donc possible.

créance peut être assuré à une tierce personne, novation, *transcriptio a personâ in personam, procuratio in rem suam,* plus tard même simple convention, ainsi que le prouve la possibilité d'exercer *utilitatis causâ* les actions du créancier cédant[1]. Ce n'est pas ici le lieu d'étudier le mécanisme de ces différents procédés et de suivre la marche progressive de la cession des actions dans la législation romaine. Je me bornerai simplement à présenter quelques observations.

54. — Presque toujours la dation en paiement d'une créance constituera un cas de délégation, en prenant ce mot dans le sens large qu'il avait en droit romain, et non dans le sens étroit que lui ont attribué les rédacteurs de notre Code civil. La *datio in solutum,* réalisée au moyen d'une créance, met en effet trois personnes en présence, le créancier, le débiteur, et un débiteur de ce dernier. Le débiteur, qui veut se libérer, en cédant son droit de créance, donnera l'ordre à son propre débiteur de s'engager vis-à-vis de son créancier; ou bien il donnera à ce dernier mandat de stipuler de son débiteur ou de le poursuivre en justice[2]. De quelque manière que l'ordre ou le mandat soit réalisé entre le créancier et le débiteur cédé, qu'il y ait entre eux stipulation, *transcriptio a personâ in personam,* pacte de constitut, exercice d'une action en justice et *litis contestatio* sur cette action, dans tous ces cas, nous sommes en présence d'une délégation[3], et la dette du déléguant envers le délégataire va se trouver éteinte (Gide, p. 414). Et nous devons faire ici une remarque importante.

[1] V. spécialement la L. 5, C. *Quando fiscus,* 4, 15, qui accorde l'action utile précisément dans un cas de *datio in solutum.* Accarias, n° 641, II, p. 556.

[2] *Fit delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem,* Ulpien, L. 11, § 1, *De novat.,* 46, 2.

[3] V. Gide, *Études sur la novation,* p. 390 et suiv. et les textes qu'il cite. V. aussi, p. 434, *in medio.*

C'est que si c'est le plus souvent à titre de *datio in solutum* que la dette primitive se trouve éteinte, il arrivera parfois que cette extinction résultera du procédé même auquel les parties auront eu recours. Ceci se produira particulièrement au cas où il y aura eu une *transcriptio a personâ in personam,* et souvent aussi au cas où ce sera une stipulation qui sera intervenue. Précisons bien ces deux points. Primus, qui doit cent à Titius, veut lui donner en paiement une créance de cent qu'il a contre Secundus. Ceci pourra être réalisé grâce au contrat *litteris :* Titius créancier écrira sur son codex, à la colonne de l'*acceptum,* qu'il a reçu la somme de cent de son débiteur Primus ; à la colonne de l'*expensum,* il mettra qu'il a prêté cent à Secundus (Gaius, III, 130 ; Gide, p. 192 et suiv.). Par suite de cette double inscription, la dette de Primus envers Titius sera éteinte, et il naîtra une nouvelle obligation à charge de Secundus, libéré en même temps de sa dette envers Primus. Peut-être des inscriptions corrélatives seront-elles nécessaires sur les livres de Primus et de Secundus : je n'ai pas à insister sur ce point; tout ce que je veux faire remarquer, c'est qu'il résulte du mécanisme même de l'opération que ce n'est pas en vertu de la *datio in solutum* seulement que la dette de Primus se trouve éteinte : elle est éteinte parce que Titius a porté sur son registre la somme de cent, comme si elle lui avait été comptée (Gide, p. 214). Un résultat analogue se présenterait en cas de stipulation. Reprenons l'exemple précédent et supposons que Titius sur l'ordre de Primus stipule de Secundus en ces termes : Me promettez-vous les cent que Primus me doit? Et Secundus répond : je vous les promets. En pareil cas, la dette de Primus envers Titius étant « *deducta in stipulationem,* » se trouve éteinte par novation. Il y a novation par changement de débiteur et c'est cette novation, indépendamment de toute idée de *datio*

in solutum, qui procure l'extinction de la dette de Primus envers Titius [1].

L'intérêt de la remarque que nous venons de faire résulte de ce que la dation en paiement n'éteint la dette qu'autant qu'elle procure un avantage au créancier, une *satisfactio*. Au contraire, l'effet extinctif du contrat *litteris* ou de la novation est indépendant de l'avantage procuré au créancier; pour produire effet, il suffit que l'acte accompli soit régulier en la forme (Instit., III, 29, § 3). Quand donc il y aura eu *transcriptio a personâ in personam* ou stipulation dans la forme que nous avons indiquée, la dette sera anéantie, alors même que l'obligation nouvelle serait inefficace; le créancier ne pourrait qu'agir en garantie; il ne saurait exercer l'action primitive qui est définitivement éteinte.

55. — Sont en principe susceptibles d'être données en paiement toutes créances sur des tiers, quelle que soit leur origine, qu'elles procèdent d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. De nombreux textes supposent qu'une personne peut se trouver obligée de céder à une autre l'action qui est née en sa faveur de la perpétration d'un délit; on ne voit pas pourquoi une telle action ne pourrait pas être transmise à titre de paiement. Il n'y a d'exception que pour deux catégories de créances, celles qui donnent lieu à une *actio popularis*, tout d'abord [2] : ces sortes d'actions appartenant à tout le monde, quel intérêt pourrait en présenter la cession pour le créancier, et quelle *satisfactio* en retirerait-il? Il faut en dire autant, en second lieu, des *actiones vindictam*

[1] Gide, p. 425, à la note, 2°. Il en serait autrement si Titius avait stipulé en ces termes : Me promettez-vous ce que vous devez à Primus? Alors, la dette de Primus envers Titius n'étant pas *deducta in stipulationem* n'est pas éteinte par novation, et il faut ici faire intervenir l'idée de *datio in solutum* (Gide, *loc. cit.*, 1°).

[2] L. 5, D. *De popul. act.*, 47, 23 et Accarias, 858, II, p. 1112-3°.

spirantes, qui sont exclusivement attachées à la personne, et qu'un tiers ne pourrait exercer au lieu et place de celui qui en est investi : telle est, par exemple, l'*actio injuriarum* (L. 28, *De injur.,* 47, 10).

Une constitution de l'empereur Anastase avait apporté une restriction fort importante à la cession des créances, en décidant que le débiteur cédé serait tenu envers le cessionnaire, seulement dans les limites de ce que ce dernier aurait payé lui-même pour se faire céder la créance. C'est la célèbre loi *Per diversas,* que Justinien confirma et étendit plus tard par la constitution *Ab Anastasio* (LL. 22, 23, C. *Mand.,* 4, 35). Le but des empereurs était d'empêcher les spéculations sur les créances et les abus qui en résultaient. Ce motif même devait faire admettre un certain nombre d'exceptions; et spécialement, celui qui accepte une créance en paiement, celui-là n'est pas un spéculateur; son but n'est pas de réaliser un gain, en poursuivant à outrance le débiteur cédé, après avoir lui-même acheté la créance à vil prix. Cette créance, il l'a obtenue en dédommagement de ce qui lui était dû; son but, c'est d'obtenir le paiement de sa propre créance; dès lors, on conçoit que nos constitutions ne doivent pas s'appliquer au cas de dation en paiement, et c'est en effet ce que décidait à bon droit la loi *Per diversas,* et ce que décide encore aujourd'hui notre Code civil (art. 1701-2°). Mais il paraît que cette exception fut supprimée avec les autres par une constitution de Justinien qui ne nous est pas parvenue [1].

Dans un ordre d'idées voisin, Dioclétien avait interdit de céder les créances à un *potentior,* c'est-à-dire à une personne

[1] Ce sont les Basiliques qui nous ont révélé l'existence de cette constitution. La traduction latine du passage des Basiliques, faite par Cujas, est insérée dans le *Corpus juris civilis,* où elle forme la L. 24, *Mandati.* V. à ce sujet, Maynz, II, § 190, p. 99, note 29.

qui, par le rang élevé qu'elle occupe dans la société, par l'influence dont elle dispose, serait un adversaire plus dangereux que le cédant pour le débiteur cédé. Plus tard une novelle de Justinien vint interdire aux tuteurs et curateurs de se rendre cessionnaires de créances quelconques contre leur pupille [1]. On s'est demandé si ces prohibitions devaient être étendues à la *datio in solutum,* et on a résolu la question par l'affirmative en se fondant sur ce qu'il n'y a plus à craindre alors « que le *potentior* n'abuse de ses fonctions pour « se rendre acquéreur à vil prix » (Bisson, *Th.,* p. 15). C'est là, il faut le reconnaître, une véritable confusion : ce n'est pas en effet à l'égard du cédant que l'on craint les abus d'autorité, c'est à l'égard du débiteur cédé; que la cession soit faite à titre de vente, à titre de donation ou à titre de paiement, peu importe : les abus d'autorité du cessionnaire à l'égard du débiteur cédé sont toujours à redouter, et il faut, en pareil cas, prohiber la *datio in solutum* elle-même.

Il importera peu que la créance cédée en paiement soit dès à présent déterminée ou non dans sa quotité ; elle pourra trouver sa sanction soit dans le droit civil soit dans le droit prétorien; mais je ne crois pas qu'une obligation naturelle, bien que susceptible de cession, puisse être donnée en paiement; l'avantage qu'elle procurerait au créancier ne me paraît pas suffisant pour que l'obligation primitive puisse être considérée comme éteinte; je reviendrai d'ailleurs sur ce point tout à l'heure (*Infrà,* n° 65).

56. — 3° *Faits.* Sur les faits susceptibles d'être accomplis en paiement, nous n'avons pas grand chose à dire, et il nous suffira de renvoyer au droit commun. Il peut s'agir d'un fait soit juridique, soit matériel, — par exemple affranchissement d'un

[1] L. C. *Ne liceat. potent.*, 2, 14. Cpr. L. 2, *eod.*; Nov. 72. ch. 5; Maynz, II, § 190, p. 98.

esclave, accomplissement d'un voyage pour le compte du créancier, etc. Mais il faut, dans tous les cas, que ce fait n'ait rien de contraire aux bonnes mœurs, ni aux prescriptions de la loi. Si le fait est illicite ou immoral, la dation en paiement est nulle, et par conséquent, la dette doit être considérée comme subsistant toujours. Le créancier pourrait donc exercer son action primitive, à moins cependant qu'il n'y ait *turpitudo* de sa part, auquel cas, il faudrait lui faire application de la règle célèbre, *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (V. sur ce point, de Ségogne, *Th.*, p. 43 et suiv.).

57. — Indépendamment des conditions générales que nous venons d'indiquer relativement à l'objet de la dation en paiement, et qui ne sont que l'application du droit commun à notre matière, ne faut-il pas reconnaître certaines conditions spéciales, dont la réalisation est nécessaire à l'efficacité de la *datio in solutum ?*

Il faut d'abord, évidemment, que la prestation fournie soit différente de la prestation due; cela résulte de la notion même de la dation en paiement. Mais, en outre, il existe une condition essentielle, dont nous aurons à faire maintes fois l'application, et sur laquelle nous reviendrons plus au long dans le chapitre III de cette étude; c'est que le créancier ait obtenu la satisfaction sur laquelle il était en droit de compter, et qu'il ait été mis à même par le débiteur de retirer de la prestation accomplie toute l'utilité qu'elle était susceptible de procurer. Si cette condition n'est pas réalisée, la dette doit être considérée comme subsistant toujours. L'application la plus importante de cette idée, c'est qu'au cas où le débiteur veut s'acquitter en fournissant au créancier un objet corporel autre que l'objet dû, il doit transférer au créancier la propriété de cet objet. Si cette condition n'est pas

remplie, la dette primitive, ainsi que nous le verrons plus loin, n'est pas éteinte, et le créancier pourra en exiger l'exécution, comme s'il n'y avait rien de fait (*Infrà*, nos 97 et suiv.).

Une autre conséquence de cette règle, c'est que, même au cas où le créancier est rendu propriétaire de la chose donnée en paiement, la dette n'est pas éteinte, si cette chose peut encore lui être enlevée par un moyen quelconque, par exemple par une action personnelle qui serait ouverte au débiteur; c'est ce que nous indique la L. 26, § 4, *De cond. ind.*, 12, 6 que nous avons expliquée (*suprà*, nos 45 et suiv.).

Mais c'est là tout, et il ne serait pas nécessaire :

1° Que la chose donnée en paiement ait été estimée;

2° Que la valeur de cette chose soit sensiblement égale au montant de la dette à éteindre.

58. — Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu *estimation* de la chose donnée en paiement. Le contraire semble avoir été admis dans notre ancien droit. Cujas, notamment, quand il parle de la *datio in solutum*, suppose toujours cette estimation : *Si pro pecunia res æstimata soluta sit.....*, dit-il[1]. Cette opinion s'est sans doute basée sur le texte de Gaius, tel qu'il avait été transmis par le bréviaire d'Alaric, et où l'on trouve les mots : *habitâ æstimatione* (II, 10. *Quib. mod. obl. toll.* pr. *Lex Rom. Wisig.*, Hænel, p. 336). Mais le texte véritable de Gaius (III, § 168) ne parle nullement de cette condition; si elle eût été requise par les jurisconsultes de son école ou de l'école proculienne, il n'eût pas manqué de l'indiquer. Les Institutes de Justinien, aussi, sont muettes.

[1] Cujas, sur la L. 8, C. *De evict.* Fabrot, t. 9, p. 1294. — Observ. L. 19, ch. 38, t. 3, p. 566. — *Adde*, Brisson, *De solut. et liberat.* Ed. 1749, I, p. 125. — Cette opinion a été soutenue de nos jours par Heimbach, *Rechtslexicon* de Weiske, v° *Datio in solutum*, 5°, t. 3, p. 246.

On a pu, il est vrai, se prévaloir de la L. 46, § 2, *De solut.*, laquelle suppose en effet qu'il y a eu estimation préalable d'un immeuble transmis à titre de paiement. Mais ce texte ne prouve qu'une chose, c'est que le fait de l'estimation pouvait se produire, et se produisait effectivement dans la pratique des affaires; il n'indique nullement que ce fût pour les parties une nécessité, de telle sorte que sans estimation l'effet extinctif ne serait pas réalisé. En fait, sans doute, il y aura presque toujours une appréciation au moins tacite, le créancier consentant à recevoir un objet autre que l'objet dû, parce qu'il pense que la valeur de ces deux objets est à peu près la même; mais, je le répète, cette estimation n'a rien de nécessaire, et on conçoit parfaitement qu'elle n'ait pas eu lieu, au cas par exemple où le créancier a accepté la chose à lui offerte en paiement sans la connaître, sans l'avoir jamais vue, aimant mieux obtenir cette chose quelle qu'elle fût, plutôt que de rester exposé à ne rien recevoir du tout, par suite de l'insolvabilité complète de son débiteur.

59. — Supposons qu'en fait il y ait eu estimation. Quel va en être l'effet? Allons-nous appliquer la maxime *æstimatio venditio est,* de telle sorte que par le fait de l'estimation la nature de l'opération va être changée, et que la dation en paiement devra, dans ce cas, être assimilée non pas à un paiement ordinaire, mais à une véritable vente? Je ne crois pas qu'une solution aussi absolue ait des chances de prévaloir. Qu'il y ait eu ou non estimation, il y a toujours lieu de rechercher quelle a pu être l'intention des parties, lorsqu'elles ont fait la dation en paiement; ont-elles voulu réaliser une véritable vente, où bien simplement arriver à l'extinction de la dette; voilà ce qu'il faut rechercher. A cet égard, le fait de l'estimation importe peu. J'ai dit qu'à moins

de volonté contraire nettement exprimée, ou résultant évidemment des circonstances, la dation en paiement devait être considérée comme un acte purement extinctif. Peut-être le fait qu'il y aura eu estimation sera-t-il une de ces circonstances dévoilant chez les parties l'intention de réaliser une véritable vente; mais ce que je nie absolument, c'est que ce fait implique, nécessairement et à lui seul, pareille intention. Et quant à la maxime *æstimatio venditio est,* elle est exprimée par les textes à propos d'une hypothèse toute spéciale et bien différente de la nôtre, — celle où il s'agit de la restitution de la dot; on ne saurait donc l'étendre; d'ailleurs, même en matière de dot, elle n'a rien d'absolu, et peut être écartée par une volonté contraire des parties (Accarias, n° 313, t. I, p. 776, note 3; Maynz, t. III, § 313, p. 47, 48).

Enfin, dans le même sens, on peut argumenter de la L. 46, § 2, *De solutionibus.* Elle suppose qu'il y a eu estimation de la chose donnée en paiement, mais que cette estimation a été exagérée et est supérieure à la valeur réelle de l'objet. « Le débiteur ne sera pas libéré, nous dit Marcien, s'il ne « fournit ce qui manque, s'il ne donne la différence entre la « valeur réelle et le montant de l'estimation. » Le débiteur n'est pas libéré; le créancier peut donc exercer l'action de la créance primitive. Cela prouve bien qu'il n'y a pas vente, car alors c'est l'*actio empti* que le créancier pourrait exercer, pour se faire tenir compte de la valeur qu'il n'a pas reçue et sur laquelle il était en droit de compter.

60. — Ainsi, le fait de l'estimation n'implique nullement qu'il y a eu vente. Est-ce à dire que la détermination de la valeur de l'objet fourni en paiement soit dépourvue de toute utilité pratique? Je ne le crois pas, et Römer me paraît avoir ici interprété sainement la volonté des parties (p. 35 et suiv.).

« L'estimation, dit-il, implique cette convention que la dette « ne sera éteinte qu'autant que le débiteur aura fourni à son « créancier une chose de la valeur fixée (*von bestimmten « Werth*); » par là, le débiteur promet que le créancier obtiendra tant (*er werde so und soviel erhalten*)[1]. Et si le créancier n'a pas obtenu ce qu'il s'attendait à recevoir; en d'autres termes, si la chose fournie n'a pas la valeur qui avait été déterminée par l'estimation, alors la dette n'est pas éteinte, car le créancier n'a pas reçu satisfaction. Il n'avait, en effet, consenti à accepter un objet autre que l'objet dû qu'à la condition que l'objet fourni aurait telle valeur déterminée, la valeur de cent par exemple; cette valeur n'est pas atteinte : la dette subsiste dans son intégralité. C'est là la solution que nous donne Marcien dans la L. 46, § 2, *De solutionibus*. « Un « débiteur a donné en paiement un immeuble, et, par dol, il « a fait en sorte que cet immeuble fût estimé au-dessus de sa « valeur réelle; il n'est pas libéré, *non liberatur*, à moins qu'il « ne fournisse ce qu'il manque, *nisi id quod deest repleatur*. » Dans sa seconde partie, ce texte apporte à la solution qu'il donne un tempérament d'équité : si le débiteur fournit au créancier le montant de la différence entre la valeur réelle de la chose et sa valeur d'estimation, alors l'effet libératoire ne sera pas entravé. Le créancier a accepté la chose qui lui était offerte en paiement, et il est vraisemblable que cette chose en elle-même lui importe peu; ce qu'il a voulu, le fait de l'estimation le démontre, c'est obtenir une valeur précise, exacte, une somme de tant. Du moment qu'on complète

[1] Römer, p. 35. — Ce n'est là que l'extension à la *datio in solutum* d'une règle générale, que Maynz formule ainsi, à propos de la vente : « Si le « contrat indique comme objet une quantité, mesure ou contenance déter- « minées, c'est le *quantum* promis qui doit être exactement livré. » Maynz, § 211, II, p. 209.

cette valeur, il n'a pas à se plaindre, et il serait injuste qu'il pût contraindre le débiteur à reprendre sa chose, et à lui payer l'intégralité de sa créance primitive. Il n'est pas besoin d'insister davantage sur ce point, et il faut retenir simplement ceci, c'est que, faute par la chose donnée en paiement d'atteindre la valeur fixée par l'estimation, la dette subsiste; c'est au moyen de son action primitive que le créancier pourra poursuivre le débiteur, sauf à ce dernier à éviter cette poursuite, en fournissant une valeur supplémentaire suffisante pour satisfaire entièrement son créancier.

61. — Le texte, remarquons-le, suppose que c'est par son dol que le débiteur a fait attribuer à la chose une valeur qu'elle n'avait pas en réalité. Est-ce à dire que ce soit le dol qui explique, qui justifie la décision de la L. 46, § 2, de telle sorte que s'il n'y avait pas manœuvres dolosives de la part du débiteur, s'il avait cru de bonne foi que la chose donnée en paiement avait bien la valeur qui lui a été attribuée dans l'estimation, la solution serait changée, et la dette devrait être considérée comme effectivement éteinte? Je ne crois pas que cette opinion puisse être admise; le dol, j'espère le démontrer plus tard (V. *infrà,* n° 89. Römer, p. 35, *in fine,* p. 141), est sans influence sur la solution de la L. 46, § 2. Bien plus si le fait qu'il y a eu manœuvres frauduleuses de la part du débiteur entrait en considération, la solution serait toute différente; la dette ainsi que nous le verrons, serait définitivement éteinte, au lieu de persister comme le décide le texte de Marcien. Si la dette existe toujours, c'est, je le répète, à raison de ce fait que le créancier n'a pas obtenu la valeur fixée par l'estimation, et sur laquelle il était légitimement en droit de compter. Et quant au dol, il n'intervient ici que comme circonstance de fait, pour expliquer comment il est possible, pratiquement, que l'estimation ait été supérieure à la valeur réelle de

la chose. Dans l'espèce de la L. 46, § 2, ce sont les manœuvres du débiteur qui ont amené ce résultat; mais on conçoit très bien que le débiteur ait cru de bonne foi que la chose avait véritablement la valeur fixée par l'estimation. En pareil cas, la dette ne serait pas non plus éteinte, car le motif que nous avons donné à la décision de la L. 46, § 2, s'applique parfaitement à cette hypothèse : qu'il ait été ou non de bonne foi, le débiteur continue d'être tenu, car c'est la valeur fixée par l'estimation qu'il a promise au créancier (*denn er hat eben diesen Werth versprochen*) (Römer, p. 36); il ne sera pas libéré tant que le créancier n'aura pas obtenu cette valeur-là.

62. — Plaçons-nous maintenant dans l'hypothèse inverse et supposons que la chose fournie en paiement a été estimée non plus au-dessus, mais au-dessous de sa valeur réelle (Römer, p. 38). Je suppose le débiteur de bonne foi, car s'il avait su que la chose valait plus que le montant de l'estimation, il devrait être considéré comme ayant voulu faire une libéralité au créancier, et n'aurait pas à se plaindre. Ce débiteur, qui a été dans l'erreur, va-t-il pouvoir agir pour se faire tenir compte de ce qu'il a donné en trop? Je crois pouvoir répondre affirmativement, car il y a ici même raison de décider que dans le cas de la L. 46, § 2, *De solution.* En effet, ce à quoi le créancier a droit, c'est le montant de l'estimation, et c'est là seulement ce que doit le débiteur; pour le surplus, le débiteur a payé ce qu'il ne devait pas, il a payé l'indû, et comme il y a eu erreur de sa part, il pourra exercer la *condictio indebiti.* Mais dans quelle mesure? Il y aurait lieu, ce semble, d'appliquer ici par analogie la solution que donne dans une hypothèse voisine la L. 26, § 4, D. *De cond. ind.*, 12, 6. Le débiteur pourra répéter la chose entière qu'il a livrée, sauf à payer au créancier le montant de la dette primitive. Et ici encore nous appliquerons le même tempéra-

ment d'équité que dans la L. 46, § 2, *De solut.*, c'est-à-dire que le créancier pourrait empêcher l'effet de la *condictio indebiti*, et conserver la chose reçue en paiement, en restituant la valeur de ce qui lui a été livré en trop.

63. — Dans tout ce qui précède, nous avons supposé que le montant de l'estimation était égal au montant de la dette à éteindre. Il s'agissait d'éteindre une dette de cent; la chose donnée en paiement, quelle que fût d'ailleurs sa valeur réelle, était estimée à cent. Demandons-nous maintenant, — c'est un dernier ordre d'idées, — ce qui arriverait si la chose donnée en paiement était estimée plus haut ou plus bas que le montant de la dette à éteindre. La première de ces deux hypothèses est de nature à se présenter rarement. Il ne sera pas très fréquent que les parties aient dit : Nous convenons qu'une dette de cent sera éteinte par la prestation de tel immeuble qui vaut cent vingt. Quand il en sera ainsi, en fait, ou bien les parties ne s'en expliqueront pas formellement, ou bien le débiteur se fera tenir compte de la différence entre le montant de la dette et la valeur de l'objet qu'il donne. Si cependant l'hypothèse que nous prévoyons se réalisait, il faudrait dire qu'il y a dation en paiement jusqu'à concurrence de la valeur de la dette et donation pour le surplus, et quant à cet excédant, il y aurait lieu d'appliquer les règles ordinaires des donations.

A l'inverse, il s'agit d'éteindre une dette de cent, et il est convenu que par la prestation d'une chose valant quatre-vingt-dix, le débiteur sera libéré. Cette seconde hypothèse sera plus fréquente, car on conçoit très-bien que le créancier aime mieux obtenir quatre-vingt-dix que de ne rien obtenir du tout, et qu'il consente à libérer le débiteur moyennant la prestation de cette valeur. S'il n'y avait pas estimation dans notre cas, la dette serait éteinte tout entière par le fait

même de la *datio :* c'est ce que nous avons déjà constaté. L'estimation va entraîner cette conséquence que la dette ne sera éteinte par la prestation que jusqu'à concurrence de quatre-vingt-dix ; pour le surplus, l'extinction résultera de la seule convention (Römer, p. 36); c'est la conclusion la plus raisonnable qu'on puisse tirer du fait qu'il y a eu évaluation. Et il en faut conclure que tandis que la dette sera éteinte *ipso jure,* dans les limites de la valeur fixée, elle ne le sera qu'*exceptionis ope,* pour les dix qui restent, ce qui, il faut bien le reconnaître, constitue une solution assez singulière, mais sans grand inconvénient pratique pour le débiteur.

64. — J'ai dit en second lieu qu'il n'était pas indispensable, pour que la *datio in solutum* produisît son effet, que la valeur de la chose donnée en paiement fût sensiblement égale au montant de la dette à éteindre. Le contraire a été soutenu cependant par les auteurs qui exigent une estimation de la chose donnée en paiement. Du moment, en effet, qu'on exige une estimation, on doit logiquement aboutir à reconnaître que la valeur de la chose fournie doit « couvrir le montant de la dette à éteindre. » Brisson, dans son traité *De solutionibus et liberationibus,* nous dit : « Præterea ut in « solutum datione obligatio tollatur, hoc etiam exigitur, ejus- « dem, cum eo, quod debetur, æstimationis esse rem, quæ « in solutum datur » (*Adde,* Heimbach, *Weiske's Rechtslexicon,* III, p. 246). Le plus souvent, en effet, la chose sera estimée d'une valeur égale au montant de la dette à éteindre, et si elle est estimée plus ou moins, il y aura, suivant les cas, donation de l'excédant *ex parte debitoris,* ou bien remise du surplus de la dette *ex parte creditoris,* ainsi que nous venons de le constater. Mais pour nous l'estimation n'est pas nécessaire à l'efficacité de la *datio in solutum;* la question reste donc entière et je crois que le débiteur peut

s'acquitter en fournissant à son créancier une chose d'une valeur soit supérieure, soit inférieure au montant de la dette à éteindre. Dans un cas comme dans l'autre, il y aura dation en paiement et le débiteur sera libéré. Si la chose vaut moins, le créancier ne pourra pas réclamer de supplément; si elle vaut plus, le débiteur ne pourra pas répéter la partie qu'il a livrée en trop : les conventions sont libres; c'est tant pis pour la partie qui est en perte, si elle ne s'en est pas fait tenir compte au moment de la dation en paiement. Le débiteur a offert à son créancier, qui a accepté, une chose à la place de celle qu'il lui devait; l'opération une fois accomplie est définitive, alors même, remarquons-le, qu'il y aurait eu erreur des deux parties ou de l'une d'elles sur la valeur de l'objet fourni : l'erreur d'appréciation n'est pas une erreur substantielle, et il n'en est pas tenu compte, en dehors de certaines hypothèses déterminées (L. 22, § 3; L. 23, D. *Locati*, 19, 2. Römer, p. 37 et p. 134).

65. — Mais nous ne pouvons poser ces règles d'une façon absolue, et il faut tenir compte d'autres principes avec lesquels nous devons les combiner. Pour cela, distinguons deux hypothèses :

1° La prestation fournie à titre de paiement est d'une *valeur inférieure au montant de la dette*. L'opération vaut sans doute, car le créancier aimera mieux obtenir cette valeur que de ne rien obtenir du tout; et notons bien qu'elle ne vaut pas seulement à titre de transaction (Römer, p. 133). Une transaction supposerait que la dette était contestable, que son existence pouvait être mise en doute; c'est à raison de l'incertitude même de son droit, que le créancier a été amené à se contenter d'une chose de valeur moindre. Tout autre est le cas qui nous occupe; nous supposons une dette dont l'existence est hors de toute contestation possible; mais elle pèse

sur un débiteur peu solvable (c'est le cas le plus ordinaire), et on conçoit que le créancier exposé à ne recevoir qu'un faible dividende, ou même à ne rien recevoir du tout, se contente d'une chose dont la valeur n'atteint pas le montant de la dette à éteindre. Mais la question se pose de savoir si cette opération constituera toujours une *datio in solutum*. N'oublions pas que la dation en paiement a été assimilée au paiement comme mode d'extinction des obligations, parce qu'on a considéré qu'elle procurait au créancier une satisfaction à peu près équivalente à celle qu'il aurait retirée du paiement lui-même. D'où il résulte que si aucune satisfaction n'était effectivement procurée, ou si la satisfaction était notoirement insuffisante, il n'y aurait pas une véritable dation en paiement, mais bien plutôt un simple pacte de remise éteignant la dette non pas *ipso jure*, mais *exceptionis ope*. C'est ce qui aura lieu si, par exemple, le créancier accepte en paiement une chose d'une valeur dérisoire, ou bien une créance qu'il sait ne pas exister ou qu'il sait paralysée par une exception, car aucune garantie ne lui étant due dans ce cas, l'avantage qu'il retire de la cession est nul. Et je crois qu'il faut appliquer ceci, lorsque ce sera une créance naturelle qui sera fournie en paiement[1]. Sans doute cette créance peut être transmise, mais là n'est pas la question; il s'agit de savoir si elle procurera au créancier une satisfaction suffisante; je ne le crois pas; la dette primitive sera bien éteinte sans doute, mais pas à titre de dation en paiement; elle ne le sera qu'*exceptionis ope*.

2° La prestation fournie est *d'une valeur supérieure au montant de la dette*. Ici il y aura bien dation en paiement[2]. Mais

[1] En sens contraire, Bisson, *Thèse*, p. 14.

[2] La preuve, que l'on peut donner en paiement une chose d'une valeur supérieure au montant de la dette à éteindre, se trouve dans la prohibition

la question se pose de savoir si le débiteur ne pourrait pas demander la rescision de l'opération pour cause de lésion. Les empereurs Dioclétien et Maximien établirent cette règle que le vendeur, lésé de plus de moitié, pouvait demander la rescision de la vente (L. 2, C. *De rescend. vend.*, 4, 44. Cpr. L. 8, *Eod.*). Cette règle doit être appliquée à la dation en paiement, par ceux qui la considèrent comme une véritable vente. Mais pour nous la question reste entière. Or, il paraît bien que la rescision pour cause de lésion doit être restreinte au seul cas de vente; nous sommes en présence de dispositions exceptionnelles, exorbitantes du droit commun, qu'il ne faut pas étendre (En ce sens, Ortolan, III, n° 1486; Maynz, § 214, II, p. 236. *Contrà,* Römer, p. 132).

SECTION III.

Des pouvoirs et de la capacité nécessaires en matière de dation en paiement.

66. — Nous avons maintenant à nous demander entre quelles personnes la dation en paiement peut intervenir. C'est une question de pouvoirs et de capacité qui se pose, soit à l'égard du débiteur qui veut éteindre la dette, soit à l'égard du créancier qui reçoit une chose autre que celle qui lui est due. Il faut que celui qui fournit en paiement une prestation quelconque ait les pouvoirs et la capacité nécessaires pour l'accomplir ; il faut que celui qui reçoit la dation en paiement puisse l'accepter valablement et ait le droit de

du pacte commissoire. A cet égard, la dation en paiement diffère de la novation, dans laquelle (jusqu'à Justinien), on ne pouvait augmenter l'objet de l'obligation primitive, et du pacte de constitut, par lequel on ne peut promettre plus qu'il n'est dû (L. 11, § 1, D. *De pec. const.*, 13, 5).

disposer de la créance qu'il s'agit d'éteindre. Nous diviserons tout naturellement notre étude en deux parties :

1° Qui peut faire une dation en paiement;

2° Qui peut en recevoir une.

§ 1. *Qui peut faire une dation en paiement.*

67. — Toute personne en principe pourrait faire une dation en paiement, comme elle pourrait faire un paiement. Les Institutes, après avoir posé la règle que les obligations s'éteignent par le paiement ou la *datio in solutum* (III, 29, princ.), ajoutent dans une deuxième phrase, que la personne de celui qui paie importe peu : *nec tamen interest quis solvat, utrum ipse qui debet an alius pro eo,* — et cette phrase se rapporte aux deux cas précédemment prévus, à la *datio in solutum,* aussi bien qu'au paiement proprement dit[1]. Il n'y a qu'une différence à signaler, c'est qu'un tiers peut imposer le paiement au créancier, tandis que le consentement de ce dernier est indispensable à la réalisation de la *datio in solutum.* Le tiers peut payer d'ailleurs soit sur l'ordre du débiteur, soit sans l'intervention de celui-ci, soit même malgré lui (*sive sciente debitore, sive ignorante, vel invito*) sous réserve bien entendu de la question du recours qu'il pourrait exercer contre le débiteur, question que nous n'avons pas spécialement à examiner ici (V. Bisson, *Th.,* p. 35).

Le débiteur ou le tiers, qui fournit la prestation en paiement doit procurer satisfaction au créancier. Or nous le savons, le créancier n'est satisfait, et la *datio in solutum* ne produit son effet extinctif, qu'autant que le créancier est rendu propriétaire de la chose fournie à la place de la chose

[1] V. encore la L. 53, D. *De solut.*, 46, 3, en la rapprochant de la L. 52 qui précède.

due. Devant rendre le créancier propriétaire, celui qui fait la dation en paiement doit donc être de son côté propriétaire et capable d'aliéner. A dire vrai, ces conditions ne sont pas spéciales à ceux qui réalisent une dation en paiement; elles s'appliquent à toute personne qui veut faire un paiement en général. Le droit romain, en effet, n'admit jamais ce principe de notre législation, que la simple convention est suffisante pour opérer la translation de propriété. La convention crée des obligations, et c'est la tradition opérée en vertu de la convention, c'est-à-dire le paiement, qui transfère la propriété de la chose. Tout paiement doit donc être translatif en droit romain, et c'est pourquoi nous n'aurons pas beaucoup à insister sur ces conditions qui sont générales et qui ne s'appliquent pas d'une façon particulière à la dation en paiement.

68. — 1° *Il faut être propriétaire* ou avoir les pouvoirs nécessaires pour transférer la propriété de la chose. Pas de difficulté pour le cas de mandat conventionnel; il suffit de s'en référer aux termes du mandat, pour savoir si celui qui a fait la dation en paiement était muni d'un pouvoir suffisant. On pourrait se demander si un mandat général (*procuratio omnium bonorum*), implique le pouvoir de payer les dettes du mandant en fournissant *aliud pro alio*. C'est une des faces de la question plus générale de savoir si le mandataire *omnium bonorum* peut faire des actes de disposition, question que je n'ai pas à examiner ici (Accarias, n° 633, II, p. 532). En dehors du mandat conventionnel, des questions particulières peuvent se poser.

a. Le *tuteur* et le *curateur* peuvent payer les dettes du pupille ; ils pourraient faire une *datio in solutum* relativement à ces dettes; ce peut être là un acte de bonne administration; et ils peuvent disposer à titre onéreux des choses du pupille.

Ei competit rerum alienatio, dit Marcellus, parlant du curateur, *quatenus negotiorum exigit administratio* (L. 12, D. *De curator.*, 27, 10). Seulement tuteurs et curateurs engagent par là leur responsabilité, de telle sorte que s'il eût été plus avantageux pour l'incapable de payer la chose due, le tuteur ou curateur qui a fourni une autre chose pourra être poursuivi à raison de ce fait.

Un sénatus-consulte de Septime-Sévère vint restreindre les pouvoirs du tuteur et du curateur, en leur interdisant de disposer même à titre onéreux des biens les plus précieux du pupille, ses *prædia rustica vel suburbana*, auxquels Constantin ajouta les *prædia urbana*, les esclaves et certains meubles de prix (Ulpien, L. 1, § 2, D. *De rebus eor.*, 27, 9, et L. 22, C. *De adm. tut.*, 5, 37). Ne pouvant aliéner ces différentes sortes de biens, le tuteur ou le curateur ne pourrait pas les donner *in solutum*. Mais le sénatus-consulte prévoyait un certain nombre d'hypothèses où le tuteur ou curateur pouvait provoquer un décret du magistrat pour l'aliénation des immeubles du pupille, et parmi ces hypothèses se trouve précisément le cas où il s'agit de payer les dettes du pupille. Le magistrat s'entourera de tous les renseignements désirables, verra si l'aliénation est nécessaire, s'il n'y a pas quelques autres biens qui puissent être vendus *num aliæ sint præter prædia quæ distrahi possint* (L. 5, § 9, *De reb. eor.*, 27, 9), et il ne donnera son autorisation qu'à défaut de toutes autres ressources. Il examinera en son âme et conscience, dit l'*oratio principis*, *quæ possint alienari*, *obligarive debeant* (L. 1, § 2, *Eod.*). Ces expressions qui se réfèrent au droit de vendre ou d'hypothéquer les biens les plus précieux du mineur, à défaut d'autres pour payer les dettes, n'excluent pas d'ailleurs la possibilité de les donner *in solutum*, si le créancier veut bien y consentir. Ce procédé serait même le plus

avantageux, car il permettrait d'apprécier les biens à leur juste valeur, tandis qu'il serait à craindre qu'une vente ainsi faite sous la pression de la nécessité ne fût passée dans des conditions désastreuses. Un texte d'ailleurs met ceci hors de doute ; c'est la L. 15, C. *De præd. et al.*, 5, 71. Dioclétien nous dit que si un mineur de vingt-cinq ans[1] a donné en paiement un *prædium rusticum*, sans qu'il y soit intervenu un décret du magistrat, la propriété du fonds n'est pas transmise au créancier. « Si minor vigintiquinque annis prædium « rusticum, quum aliud deberes, *sine decreto* in solutum « dedisti, dominium a te discedere non permittit senatûs- « consulti auctoritas. » *A contrario*, la dation en paiement eût donc été valable, s'il fût intervenu un décret du magistrat.

b. Alieni juris ayant un pécule. — Ils en ont la libre administration, *liberam peculii sui administrationem habent* (L. 1, § 1, *Quæ res pign.*, 20, 3) ; ils pourraient donc faire une dation en paiement avec une chose du pécule, mais seulement pour une dette contractée *ex causâ peculiari*. Ils ne pourraient pas plus donner une chose du pécule en paiement de la dette d'autrui, qu'ils ne pourraient affecter une de ces choses à la sûreté de la dette d'un tiers (L. 1, § 1, citat. ; de Ségogne, *Th.*, p. 37).

c. Héritier apparent. — Je suppose qu'il veuille donner en paiement une chose de l'hérédité, car s'il avait donné sa propre chose, ce serait un cas de paiement de l'indû, et il y aurait lieu d'appliquer les règles de la *condictio indebiti*

[1] La prohibition du sénatus-consulte s'étend aux mineurs de vingt-cinq ans, même non pourvus de curateurs. Le texte que nous citons en est la preuve. Cpr. la loi 11, *De reb. eor.*, au Dig. qui ne distingue pas. Il y a ici, il est vrai, une question de capacité, non de pouvoirs ; mais cela importe peu quant au point spécial que nous examinons.

(Maynz, § 411-3° et 1°, III, p. 513, 514). Le droit romain n'a pas admis qu'un héritier apparent pût transférer la propriété d'une chose héréditaire. La dation en paiement effectuée même pour une dette de la succession, avec une chose héréditaire, ne serait donc pas opposable au *verus heres* qui pourrait revendiquer entre les mains du créancier la chose dont la propriété a continué de résider sur sa tête (L. 25, § 17, *De hered. petit.*, 5, 3). Seulement comme le véritable héritier est resté débiteur, il devra payer la dette, s'il veut rentrer en possession de la chose qui lui appartient.

69. — Cette solution est d'ailleurs applicable à tous les cas de dation en paiement faite *a non domino;* elle ne sera pas opposable au véritable propriétaire, lequel pourra revendiquer sa chose, à moins cependant que l'usucapion ne se soit accomplie au profit du créancier, ou bien que ce dernier n'ait consommé la chose, car, dit Pothier, « la con-« sommation faite de bonne foi équipolle à la translation de « la propriété[1]. » La propriété n'étant pas transmise, le but du créancier n'est pas atteint; il n'a pas reçu satisfaction; la dette subsiste tout entière. Mais l'usucapion ou la consommation viennent opérer une sorte de *reconciliatio dationis in solutum,* et procurer *ex post facto* l'extinction de la dette. C'est ce que Paul nous indique formellement pour l'usucapion en ces termes : *Is, qui alienum hominem in solutum dedit, usucapto homine liberatur* (L. 60, D. *De solut.*, 46, 3).

70. — 2° *Il faut être capable d'aliéner.* — Il résulte de cette condition qu'un pupille, même *major infantia,* ne pourra pas faire une *datio in solutum* sans l'*auctoritas tutoris* (Cpr. Gaius, II, 80). De même un prodigue interdit aurait besoin pour cela du *consensus curatoris* (L. 29, D. *De cond.*

[1] Pothier, *Obligations*, n° 497. Cpr. L. 78, D. *De solut.*, 46, 3.

indeb., 12, 6). Un mineur de vingt-cinq ans, en curatelle, devrait aussi obtenir ce *consensus*[1]. Quant au *furiosus*, il pourrait faire une *datio in solutum* dans un intervalle lucide, car alors il est pleinement capable; mais en dehors des intervalles lucides, c'est le curateur seul qui agit, et la *datio in solutum* qui serait alors faite par le *furiosus* devrait être considérée comme non avenue (L. 29, *De cond. indeb.*, citat.).

A côté de ces personnes atteintes d'une incapacité générale, il en est d'autres qui, capables en principe, ne pourraient cependant donner en paiement certaines choses déterminées. Ainsi, le mineur de vingt-cinq ans, non pourvu d'un curateur, a le droit d'aliéner ses choses les moins précieuses; mais le sénatus-consulte de Septime-Sévère lui serait applicable (Voyez plus haut, n° 70), et par conséquent il ne pourrait donner en paiement ses choses les plus précieuses, à moins d'obtenir un décret du magistrat. La L. 15, C. *De præd. et al.*, 5, 71, qui donne cette solution, suppose évidemment, d'après ses termes, qu'il s'agit d'un mineur de vingt-cinq ans sans curateur. — En remontant plus loin dans le passé, nous constatons que la femme en tutelle ne pouvait seule aliéner une de ses *res mancipi* (Gaius, II, 80). Elle n'aurait donc pas pu faire une *datio in solutum* avec une chose de cette espèce. — Enfin le mari, quoique propriétaire de l'immeuble dotal, ne peut cependant pas l'aliéner, ni par conséquent le *dare in solutum*. Mais une femme pourrait très bien donner un de ses biens en paiement de la dette d'autrui. Le sénatus-consulte Velléien prohibe l'*intercessio*, c'est-à-dire

[1] Suivant la théorie généralement admise aujourd'hui, il en fut ainsi à partir de l'époque de Dioclétien (L. 3, C. *De in integr. rest.*, 2, 22). Auparavant, il semble bien que le *consensus curatoris* n'était pas exigé (L. 101, *De verb. obl.*, 45, 1).

le fait pour la femme de s'engager pour autrui; mais la femme peut payer la dette d'autrui; elle peut aliéner dans ce but; elle pourrait donc faire une *datio in solutum* : « Nec « interest, dit Gaius, pecuniam solvendi causa numeret an « quamlibet suam rem in solutum det : ... non puto senatus- « consulto locum esse » (L. 5, D. *Ad setum Vell.*, 16, 1).

71. — Supposons qu'en fait une dation en paiement ait été accomplie par un incapable. Quelles vont en être les conséquences? Avec les Institutes (II, 8, § 2), attachons-nous spécialement à la dation en paiement faite par un pupille non autorisé. La *datio* n'est pas valable en soi, parce qu'elle constitue un acte d'aliénation, et que par une aliénation le pupille rend sa condition pire, ce qui lui est interdit. La propriété de la chose n'est pas transmise à l'*accipiens :* « si dede- « rit nummos, non fiënt accipientis, » dit Ulpien ; « pecuniam « non facit accipientis, » disent les Institutes. Resté propriétaire, le pupille devenu capable pourra donc revendiquer la chose, tant qu'elle se trouvera encore entre les mains de l'*accipiens* (Ulpien, L. 14, § 8, *De solut.*, 46, 3; Inst., II, 8, § 2; Cpr. L. 15. C. *De prædiis et al.*, 5, 71).

De droit commun et s'agissant d'un paiement ordinaire, le pupille échouerait dans cette revendication. Nous supposons, remarquons-le, un paiement fait en vertu d'une dette valable et exigible, et, par conséquent, alors même que le pupille triompherait dans sa revendication, il serait immédiatement exposé à une action du créancier, réclamant l'exécution de l'obligation, de sorte qu'il y aurait véritablement dol de sa part à répéter une chose que le créancier pourrait se faire rendre aussitôt après, en faisant valoir son droit. *Dolo facit qui petit quod redditurus est,* dit Paul (L. 8 pr., *De doli mali*, 44, 4; Accarias, n° 292, I, p. 716). En cas de paiement, le créancier pourrait donc faire échouer la re-

vendication du pupille en lui opposant une exception de dol. Cette solution doit-elle être étendue à la *datio in solutum?* Un pupille, débiteur de cent, et ayant donné en paiement son esclave Stichus, sera-t-il empêché de revendiquer l'esclave par une exception de dol de la part du créancier? Je crois que non, et pour moi, le pupille, en offrant au créancier de lui payer les cent qu'il lui doit, obtiendra la restitution de l'esclave Stichus. Le créancier, sans doute, aura ici encore une exception de dol, mais le but de l'exception sera tout différent de ce qu'il était au cas de paiement. Le créancier ne pourra pas objecter qu'il y a dol de la part du pupille à réclamer une chose qu'il devra restituer immédiatement, puisque s'il agissait ensuite par son action primitive, ce n'est pas Stichus qu'il obtiendrait, mais les cent qui lui sont dus. L'exception de dol ne paralysera donc pas d'une manière absolue la revendication : tout ce que le créancier pourra dire, c'est qu'il y a dol de la part du pupille à réclamer Stichus, tant qu'il ne s'est pas acquitté de ce qu'il lui doit. En un mot, le créancier peut *retenir* Stichus jusqu'au paiement des cent qui lui sont dus, mais là se borne son droit, de sorte que si le pupille paie la dette, il triomphera dans la revendication. Il peut d'ailleurs y avoir grand intérêt : dans son inexpérience des affaires, il peut s'être trompé, et avoir livré une chose d'une valeur bien supérieure au montant de la dette. Et le créancier, lui, n'a pas à se plaindre, puisqu'il obtient son dû. Que pourrait-il réclamer davantage?

72. — Nous avons supposé le créancier encore en possession de la chose donnée en paiement. Supposons qu'il l'ait consommée. Par exemple il a vendu Stichus, donné à la place des cent qui lui étaient dus, et il a confondu le prix de vente dans ses deniers propres. S'il a agi de mauvaise foi, le pupille aura contre lui l'action *ad exhibendum* qui lui permet-

tra de fixer lui-même sous serment le montant de la condamnation à prononcer par le juge. Mais si le créancier a consommé de bonne foi, les textes nous disent, pour le cas de paiement, que le fait de la consommation valide le paiement et libère le pupille (L. 14, § 8, *De solut.*, 46, 3; L. 9, § 2, *De auct. tut.*, 26, 8). A supposer que cette solution dût être appliquée à la *datio in solutum*, il faudrait, je crois, la restreindre par l'observation suivante : le pupille ne doit subir aucune perte à raison d'un acte qu'il a accompli seul, et sans l'*auctoritas tutoris*. Il faut donc lui reconnaître un certain droit à indemnité, si la chose donnée en paiement est d'une valeur notablement supérieure au montant de la dette.

Notons en terminant que l'*in integrum restitutio* pourrait être accordée aux mineurs, qui ont fait une dation en paiement, pour les mettre à l'abri du préjudice qui peut résulter pour eux de leur inexpérience. Des textes nous l'indiquent formellement (L. 40, § 1, *De minoribus*, 4, 4; L. 98, § 2, *De solut.*, 46, 3).

§ 2. *Qui peut recevoir une dation en paiement.*

73. — 1° *Question de pouvoirs.* — Il faut se montrer ici plus difficile que dans le cas précédent. Un tiers quelconque peut faire une *datio in solutum*, si le créancier y consent, nous l'avons constaté. Cette solution se justifie facilement; elle est, en effet, avantageuse pour tout le monde, pour le créancier, qui a reçu une satisfaction qu'il a jugée suffisante, pour le débiteur, lequel est libéré vis-à-vis du créancier primitif et se trouve maintenant en présence d'un créancier, qui sera sans doute plus accommodant, et qui n'aura peut-être même aucun recours à exercer contre lui. Dans

l'ordre d'idées où nous nous plaçons, il en va tout autrement. Si le débiteur trouve son compte à pouvoir se libérer moyennant la prestation d'une chose autre que la chose due, il n'en est pas de même du créancier; il était peut-être très important pour lui de recevoir la chose qui lui était véritablement due, et, dès lors, le tiers qui se présente en son nom doit avoir les pouvoirs suffisants pour recevoir une autre chose. Aussi le débiteur doit-il se montrer extrêmement prudent et bien s'assurer à l'avance que le créancier, dont le consentement est ici essentiel, se contentera de la chose qu'il fournit à la place de la chose qu'il devait.

74. — La dation en paiement doit donc être faite soit au créancier, soit à quelqu'un muni de pouvoirs suffisants, qu'il tienne ces pouvoirs du créancier ou de la loi. Par ce dernier mot, je fais allusion aux tuteurs et curateurs qui ont le pouvoir de toucher les créances de leur pupille et qui pourraient, par conséquent, valablement recevoir une *datio in solutum*. Mais par là ils engagent leur responsabilité et ils peuvent être tenus envers le pupille, à moins qu'ils ne parviennent à s'exonérer de toute faute, en prouvant, par exemple, que la dation en paiement se présentait avec un caractère de nécessité. Le débiteur lui-même qui a payé n'est pas à l'abri de tout danger, car l'*in integrum restitutio* est donnée aux mineurs, même contre les actes qui ont été valablement accomplis par leurs représentants. Cependant, comme le paiement se présente avec un caractère de nécessité, Justinien décida que le débiteur pourrait payer au tuteur ou curateur, sans avoir à craindre une *in integrum restitutio*, à la condition de se faire autoriser par une sentence du juge (L. 25, C. *De adm. tut.*, 5, 37 ; Inst., II, 8, § 2). Cette solution devrait être étendue à la dation en paiement. L'intervention du juge est une garantie suffisante pour la sau-

vegarde des intérêts du pupille (Bisson, *Th.*, p. 37, 38; Accarias, I, p. 716, n° 292; Molitor, II, p. 402, n° 962).

75. — La difficulté est plus grande, quant à ceux qui tiennent leurs pouvoirs du créancier. Quand le représentant du créancier devra-t-il être considéré comme ayant des pouvoirs suffisants pour recevoir une chose autre que la chose due? Pas de doute si une personne se présente avec un mandat spécial, nettement délimité; il faudra alors s'en tenir aux termes du mandat. Si le créancier a donné à son mandataire pouvoir de réaliser la créance comme il le pourra, d'obtenir du débiteur tout ce qu'il pourra, cela implique mandat de recevoir une dation en paiement. Mais que décider, par exemple, pour un *procurator omnium bonorum?* La question, discutée entre les interprètes de savoir s'il est nécessaire qu'il ait été institué *cum libera potestate,* n'a rien à voir ici. Il est certain que le mandataire général qu'il ait ou non été investi de la *libera administratio* peut consentir un pacte de remise (L. 10, § 2, *in fine;* L. 11, L. 12, *De pactis,* 2, 14. Cpr. L. 20, § 1, *De novat.,* 46, 2). *A fortiori* pourrait-il recevoir une dation en paiement qui, si elle implique un sacrifice pour le créancier, lui procure au moins une certaine satisfaction.

La L. 3, § 1, *De pactis,* nous dit de même que le *procurator in rem suam* pourrait faire un pacte de remise; il pourrait donc accepter une chose autre que la chose due. C'est qu'en effet, comme le fait remarquer Paul, il est le véritable maître de la créance (*loco domini habetur*). Le *principium* de la même L. 13, nous indique que celui qui a reçu mandat d'agir en justice ne pourrait faire avec le débiteur une *conventio,* ce qui à la rigueur peut comprendre la *datio in solutum;* d'ailleurs ce mandataire n'est même pas considéré comme ayant les pouvoirs suffisants pour recevoir un paiement (L. 86, *De solut.,* 46, 3).

76. — Il existe en droit romain un mandataire tout à fait spécial chargé parfois de recevoir le paiement : c'est l'*adjectus solutionis gratia*. C'est un mandataire spécial, ai-je dit; et en effet, il ne tient pas ses pouvoirs de la volonté unilatérale du créancier, mais de la convention. Se libérer entre ses mains est un droit pour le débiteur, et le créancier ne pourrait pas lui enlever ce droit, en révoquant l'*adjectus* (L. 12, § 3, *De solut.*). Les pouvoirs de l'*adjectus* lui permettent-ils de recevoir une dation en paiement? On a admis avec raison la négative[1]. L'*adjectus* n'a qu'un droit c'est de recevoir le paiement (L. 10, *De solut.*, 46, 3). Il ne peut faire un pacte de remise, ni une novation, ni un pacte de constitut. Il ne doit pas non plus pouvoir accepter une chose autre que la chose due.

La situation de l'*adjectus solutionis gratia* est qualifiée d'*accessio personæ,* par opposition à l'*accessio rei,* dont nous parlent Paul et Ulpien[2]. J'ai stipulé 10 pour moi ou un esclave pour Titius. Le débiteur est tenu de me payer 10; mais je lui ai laissé la faculté de se libérer en fournissant un esclave à Titius, c'est-à-dire en faisant une véritable *datio in solutum;* aussi Titius est-il parfois qualifié d'*adjectus dationis in solutum gratia;* il a le pouvoir de recevoir une chose autre que la chose qui est l'objet de la dette, mais son pouvoir se borne là, et je crois qu'il ne pourrait pas procurer au débiteur sa libération, en recevant la chose même qui est due, la somme de 10, dans l'espèce prévue par Paul.

77. — Telles sont les personnes qui seules sont susceptibles de recevoir une *datio in solutum;* celle qui serait faite à un

[1] De Ségogne, *Th.*, p. 40; De Berly, p. 36; Bisson, p. 39.

[2] L. 44, § 4, *De obl. et action.*, 44, 7; L. 34, § 2, *De solution.*, 46, 3. — Cf. Accarias, n° 546, II, p. 315, note 3. La L. 44, § 4 a une certaine importance en ce qu'elle porte la trace de la controverse entre Sabiniens et Proculiens.

individu sans pouvoirs ne serait pas libératoire pour le débiteur. *Invito vel ignorante creditore qui solvit alii se non liberat obligatione* (L. 12, C. *De solut.*, 8, 43 ; L. 34, § 4, D. *De solut.*). Malgré le paiement que le débiteur aurait réalisé, il serait exposé à se voir poursuivi par le créancier, et ce n'est que justice; il a commis une grave imprudence en payant à un tiers sans mandat, tandis que le créancier lui n'a rien à se reprocher. Mais le débiteur n'aura-t-il pas un recours contre le tiers auquel il a payé? Il ne pourrait revendiquer la chose donnée en paiement : la propriété en est définitivement passée à l'*accipiens;* il n'aura donc qu'une action personnelle ; ce sera la *condictio indebiti,* s'il y a eu erreur de sa part. S'il a payé en connaissance de cause, sachant que celui à qui il faisait *datio in solutum* n'était investi d'aucun pouvoir, mais dans l'espoir que le créancier accepterait l'opération pour son compte et la ratifierait, alors, le créancier ne ratifiant pas, il y aurait un enrichissement du tiers tombant sous le coup de la *condictio sine causa* (Cpr. L. 58, pr. *De solut.*, 46, 3; Bisson, p. 40).

78. — Le débiteur peut donc se trouver libéré *ex post facto,* par suite d'une dation en paiement faite à un individu sans pouvoirs, si le créancier ratifie. Bien plus, s'agissant du paiement proprement dit, il est possible que ce paiement quoique fait à un individu sans pouvoirs soit cependant libératoire. Cela se présentait en droit romain dans deux hypothèses distinctes :

1. Au cas de révocation du mandat, ou de sa dissolution par suite de la mort du mandant : le débiteur qui n'était pas averti de la cessation du mandat pouvait faire un paiement entre les mains de celui qu'il tenait toujours pour un mandataire, et ce paiement était libératoire (Molitor, n° 969, II, 406).

2. De même le paiement fait de bonne foi au possesseur d'une hérédité libérait le débiteur[1].

Devons-nous étendre ces solutions à la *datio in solutum?* Bisson l'admet à propos de la première hypothèse (p. 38). « Comme un débiteur de bonne foi ne doit pas souffrir de la « faute de son créancier, la *datio in solutum* faite à un man- « dataire révoqué est valable, lorsque le créancier a laissé « ignorer la révocation au débiteur. » Nos anciens auteurs aussi généralisaient et étendaient à tous les actes juridiques faits par mandataires la solution donnée par les textes. M. Accarias fait la même extension. Sans vouloir discuter la question en général, et en m'attachant uniquement à la dation en paiement, je remarque qu'elle implique essentiellement le consentement du créancier; s'il révoque, c'est peut-être précisément parce qu'il ne veut pas recevoir une autre chose que la chose due. On dit que le débiteur n'a rien à se reprocher; c'est vrai pour le paiement, qui est un acte nécessaire, qu'il ne peut pas éviter, mais non pour la *datio in solutum.* Enfin, et ceci est décisif, les textes ne prévoient que le cas de paiement. Le doute d'ailleurs ne saurait exister à l'égard de la dation en paiement faite par le possesseur d'une hérédité : la preuve que les Romains restreignaient leur solution au cas de paiement se trouve dans la L. 17, § 6, *De pactis,* 2, 14, qui nous dit que les conventions passées par un héritier apparent ne sont pas opposables au *verus heres;* or la *datio in solutum* est bien une convention, et une convention qui exige plus que toute autre, on peut le dire, le consentement du créancier. — Ainsi, la *datio in solutum,* dans les deux cas prévus, ne serait pas possible.

[1] L. 34, § 3; L. 38, § 1; L. 51, *De solut.,* 46, 3; L. 31, § 5, *De hered. petit.,* 5, 3. Cpr. Maynz, III, § 411, p. 512, 513; Accarias, 638-3°, II, p. 545, 546; Molitor, n° 967, II, p. 604.

Aujourd'hui la solution serait différente sur ces deux points (art. 2005, 2009, C. civ., quant au mandat révoqué. — Jurisprudence, quant aux actes de l'héritier apparent).

79. — 2° *Question de capacité.* — Les mêmes personnes, que nous avons indiquées comme frappées d'une incapacité absolue de faire une dation en paiement valable, sont également incapables d'en recevoir une de leur débiteur. Mais la réciprocité n'existe pas quant aux personnes qui ne sont incapables que relativement à certaines choses. Par exemple, la femme en tutelle, incapable d'aliéner ses *res mancipi,* et par suite de les donner en paiement, pourrait parfaitement recevoir en paiement une chose de cette nature (cpr. Gaius, II, 83).

Supposons une dation en paiement faite entre les mains d'un pupille *sine auctoritate tutoris,* ou encore entre les mains d'un mineur de vingt-cinq ans pourvu d'un curateur (dans le dernier état du droit romain) *sine consensu curatoris.* Quelles vont être les conséquences d'un tel acte? En recevant une *datio in solutum,* un créancier accomplit en réalité deux actes distincts, il acquiert la propriété de la chose qui lui est livrée et en même temps il perd son droit de créance; par le premier acte, le créancier rend sa condition meilleure; par le second, il la rend pire. Si ce créancier se trouve être un incapable, et si nous lui appliquons le principe général posé aux Institutes (I, 21 pr., *In medio*), nous dirons : En tant qu'il a acquis la propriété de la chose donnée en paiement, le pupille, le mineur de vingt-cinq ans a rendu sa condition meilleure; l'acte est valablement accompli, l'effet translatif est produit. Mais l'incapable n'a pas pu abandonner sa qualité de créancier, car, par là, il fût devenu de condition pire; donc le *solvens* n'est pas libéré, sa dette subsiste. Conséquence : le pupille, le mineur de vingt-cinq ans, va pouvoir à nouveau réclamer l'exécution de l'obligation (Gaius, II, 84).

C'est là, il faut le reconnaître, un résultat inique et très dur pour le débiteur. Dans l'application, il est tempéré en le conciliant avec le principe que nul ne doit s'enrichir injustement au détriment d'autrui. A propos du paiement, les textes nous disent, en effet, que si le pupille a tiré profit du premier paiement, il sera, dans la mesure de ce profit, repoussé par une exception de dol, quand il viendra pour la seconde fois exercer l'action en exécution de l'obligation. *Si ex ea pecunia locupletior factus sit, et adhuc petat, per exceptionem doli mali summoveri potest* (Gaius, II, 84). Ces textes doivent évidemment être étendus au cas où le pupille a profité de la chose qui lui a été remise en paiement : il verra son action échouer dans les limites de l'enrichissement que lui aura procuré cette chose. Il faut d'ailleurs lui reconnaître le droit d'exiger un paiement en numéraire, en restituant la chose qu'il a reçue ou ce qui en reste; le *solvens* ne saurait se plaindre, car il n'y aurait pas en ce cas un enrichissement injuste à ses dépens.

SECTION IV.

Du consentement des parties.

80. — Il est nécessaire à l'accomplissement de la dation en paiement; tous les textes l'exigent (Gaius, 3, 168; L. 46, pr. D. *De solut.*, 46, 3 ; L. 17, C. *De solut.*, 8, 43 ; Inst., III, 29 pr.). *Aluid pro alio invito creditori solvi non potest.*, dit la L. 1, § 1, *De reb. cred.*, 12, 1. Tous ces textes insistent spécialement sur le consentement du créancier, et ne parlent pas du consentement du débiteur; mais il n'est pas douteux que celui-ci ne doive exister. La dation en paiement implique en effet une aliénation, et le consentement de l'aliénateur est indispensable à la réalisation de toute aliénation. D'ailleurs

le débiteur a tout intérêt à consentir à une opération qui facilite sa libération ; c'est ce qui peut expliquer le silence des textes à son égard ; pour le créancier, la dation en paiement implique un véritable sacrifice ; son intérêt est de recevoir ce qui lui est dû ; il était nécessaire de s'expliquer sur son consentement.

Ainsi il faut un accord de volontés, et c'est de là qu'on a pu conclure que l'effet extinctif résultait de cet accord même ; mais cela, nous l'avons vu, n'a rien de romain, car, en droit romain, la volonté toute nue est impuissante à produire des effets de droit. Il faut quelque chose de plus ; ici, ce sera la prestation fournie par le débiteur qui produira le résultat que les parties ont voulu atteindre, c'est-à-dire l'extinction de l'obligation. Et comme l'accord des volontés ne produit aucun effet par lui-même, il n'a pas besoin d'être manifesté sous une forme spéciale. On peut même dire que, le plus souvent, il ne se manifestera pas extérieurement, car il est impliqué par le fait de la part du créancier de recevoir une chose autre que la chose qui lui est due.

Le consentement peut résulter d'un acte de dernière volonté (Römer, p. 156, § 10). Par exemple, un créancier, dans son testament, autorise son débiteur à s'acquitter envers ses héritiers par la prestation d'un objet autre que l'objet dû. Cela constitue une charge pour les héritiers, obligés de se contenter d'une chose différente de la chose due, et ce peut être un avantage pour le débiteur, si l'objet qu'on lui laisse la faculté de donner est de valeur moindre que l'objet qu'il aurait été tenu de fournir, ou bien encore s'il était très-difficile et très-onéreux pour lui d'accomplir la prestation due. La forme *sinendi modo,* par laquelle on impose à l'héritier de permettre quelque chose à un tiers paraît particulièrement propre à réaliser ceci (Römer, p. 157). On comprendrait en-

core et à l'inverse que le débiteur, par testament, imposât à son héritier ou à un de ses gratifiés la charge de s'acquitter par *datio in solutum*, à condition naturellement que cela constituât un avantage pour le créancier, soit que la chose à fournir ainsi eût une valeur supérieure à la chose due, soit que la créance primitive fût conditionnelle ou à terme, de telle sorte qu'il y eût profit à pouvoir agir immédiatement en vertu du testament (Inst., II, 20, § 14. V. Accarias, n° 391, t. I, p. 992). Dans ces hypothèses et dans des hypothèses de ce genre, on ne peut dire qu'il y a dation en paiement forcée pour l'une ou pour l'autre des parties ; il y a dation en paiement volontaire ; seulement c'est la volonté du testateur qui est suivie.

81. — Le consentement, comme dans toutes les opérations juridiques où il est requis, peut se trouver ici plus ou moins profondément altéré. En outre, il est plusieurs cas où le créancier peut se voir imposer une dation en paiement, alors même que sa volonté y serait contraire ; enfin, dans une hypothèse au moins, le débiteur ne pourrait faire une dation en paiement à son créancier, quand bien même l'un et l'autre seraient d'accord pour cela. Nous examinerons ces deux derniers points plus tard, dans un appendice ; mais, pour le moment, étudions les vices du consentement au point de vue spécial de la dation en paiement. Nous verrons successivement ce qui est relatif à l'erreur, au dol, et à la violence.

82. — I. *Erreur.* — Il n'est peut-être pas très-exact de dire que l'erreur est un vice du consentement, car il est des erreurs telles que non seulement elles altèrent le consentement, mais qu'elles le suppriment totalement (Accarias, n° 301, II, p. 219). Cependant les auteurs qualifient ainsi l'erreur, et nous ne nous écarterons pas de cette terminologie. Faisant à la dation en paiement l'application de la théorie générale

de l'erreur, demandons-nous dans quels cas elle est exclusive du consentement, dans quels cas elle le vicie.

Le consentement des parties doit porter sur trois choses (Römer, p. 62) :

1° Sur la dette à éteindre ;

2° Sur la prestation à faire ;

3° Sur la portée de cette prestation.

Envisageons l'erreur à ces trois points de vue.

83. — 1° *Erreur sur la dette à éteindre.* — En pareil cas s'appliquent les règles du paiement de l'indû (Römer, p. 134). Dans tous les cas où il y aura *indebitum,* que la dette n'existe pas, qu'elle soit paralysée par une exception perpétuelle, qu'elle soit soumise à l'événement d'une condition non encore réalisée, etc..... dans tous ces cas, la *datio* en elle-même sera sans doute valable; mais l'effet que les parties ont en vue ne sera pas produit, et le *tradens* pourra réclamer la chose que, par erreur, il a donnée en paiement, par la *condictio indebiti.* Et cela est vrai, alors même que l'erreur porterait sur le montant de la dette à éteindre : la L. 26, §§ 4 à 6, *De cond. ind.,* nous a fourni des applications intéressantes de cette idée, en accordant l'action en répétition de l'indû, dans le cas où la dette avait par erreur été crue plus élevée qu'elle ne l'était en réalité.

Supposons la situation inverse. Le créancier, croyant que la dette a moins d'importance qu'elle n'en a réellement, accepte en paiement un objet d'une valeur inférieure. Se croyant créancier de cent, alors qu'en réalité, il l'est de deux cents, il accepte comme paiement un esclave, par exemple, qui ne vaut que cent. La dette doit-elle être considérée comme éteinte jusqu'à concurrence de cent, ou bien faut-il dire que la prestation faite est inefficace, de telle sorte que la dette subsisterait toujours et pour la totalité soit deux

cents? Si cette dernière solution était admise, il faudrait dire, d'une part, que le débiteur pourrait contraindre le créancier à lui restituer l'esclave qu'il a fourni, en payant intégralement les deux cents qu'il lui doit, et d'autre part, que le créancier, en restituant l'esclave, pourrait réclamer le montant total de sa créance. Le peuvent-ils? — Remarquons d'abord que la question, pratiquement, ne se posera guère. Si, en fait, il y a eu dation d'un esclave à la place du paiement des cent que l'on croyait dus, c'est sans doute que la situation du débiteur était déjà embarrassée; s'il n'a pu alors payer cent, à plus forte raison ne pourrait-il maintenant payer deux cents. Et de même le créancier se considérera comme très-heureux d'avoir obtenu une chose qui couvre le montant de sa créance jusqu'à concurrence de la moitié, et, en fait, il se contentera le plus souvent de réclamer les cent qui restent dus. Cependant, on peut concevoir que le débiteur réclame sa chose, que le créancier exige un paiement intégral. Réussiront-ils? — L'absence de tout texte rend la solution de cette question délicate. Je crois cependant qu'il faut repousser la prétention que l'une ou l'autre des parties tenterait d'élever. Quant au débiteur, il ne peut pas soutenir qu'il a payé l'indû, puisqu'au contraire il devait plus qu'il n'a payé. Et le créancier, lui, a consenti à recevoir un esclave à la place de sa créance de cent. On ne pourrait soutenir qu'il y a lieu d'appliquer ici par réciprocité la solution de la L. 26, § 4, *De cond. ind.* Ce texte, nous nous le rappelons, est fondé sur cette idée que le créancier ne peut pas être mis dans l'indivision malgré lui; or, ce résultat n'est pas à craindre ici, puisque le créancier est seul propriétaire de l'esclave donné en paiement.

84. — 2° *Erreur sur la prestation à faire.* — S'il s'agit d'une erreur *in corpore,* portant sur l'identité même de la

chose fournie, la dation en paiement n'a pas lieu. Ici, la translation de la propriété de la chose n'est même pas opérée, car l'accord des parties sur l'objet de la tradition est indispensable pour que celle-ci produise son effet translatif[1]. Ainsi je vous donne le fonds Cornélien en paiement, alors que vous croyez recevoir le fonds Sempronien. Vous n'êtes pas devenu propriétaire du fonds Cornélien, car vous n'avez pas eu la volonté de l'acquérir; vous n'êtes pas devenu propriétaire du fonds Sempronien, car je n'ai pas eu l'intention de l'aliéner. Il n'y a donc pas dation en paiement : la dette n'est pas éteinte, et vous créancier conserverez le droit d'en réclamer le montant, puisqu'aucune satisfaction ne vous a été procurée.

Mais les parties, parfaitement d'accord sur la chose même qui a été donnée en paiement, se sont trompées sur les qualités de cette chose. Ici, le consentement existe, et la propriété de la chose en question passe au créancier. Mais l'effet extinctif est-il produit, de telle sorte que le créancier, qui s'est trompé sur les qualités de la chose, ne pourrait pas demander la nullité de la dation en paiement et agir pour l'obtention de la chose primitivement due, n'ayant droit qu'à une action en complément de sa créance? S'agissant d'un contrat, Ulpien admet l'annulabilité pour cause d'erreur *in substantia* (L. 9, § 2, *De contr. empt.*, 18, 1). Les interprètes ne sont pas bien d'accord sur ce qu'il faut entendre par la substance; nous n'entrerons pas dans cette querelle. Tout ce que nous voulons faire remarquer, c'est qu'en notre matière, l'*error in substantia* doit être prise en considération, pour aboutir à l'annulation de la *datio in solutum*, et cette opération exigeant, au premier chef, le consentement du créancier, les qualités substantielles, ce doivent être les qualités qu'il a eues surtout

[1] L. 34 pr., D. *De acq. possess.*, 41, 2. Cf. Römer, p. 62, *in medio*, et Accarias, nº 226, I, p. 242-2º.

en vue en acceptant la substitution d'une autre chose à la chose due. Le créancier n'a sans doute consenti à accepter cette substitution qu'en considération des qualités qu'il croyait exister dans la chose fournie; ces qualités faisant défaut, il serait injuste de l'obliger à conserver la chose et à se contenter d'une indemnité.

Il ne faudrait pas, je crois, prendre en considération une erreur sur la valeur de la chose donnée en paiement, que cette erreur soit faite par le créancier, qui a cru que la chose avait une valeur supérieure à celle qu'elle atteignait en réalité, ou qu'elle émane du débiteur, attribuant à la chose une valeur moindre. Il y a exception dans un cas, celui où il y aurait eu estimation de la chose donnée en paiement. C'est ce qui résulte, je crois, de la L. 46, § 2, *De solutionibus*, 46, 3, sur laquelle je reviendrai tout à l'heure. On peut dire, d'ailleurs, qu'en pareil cas, il y a véritablement *error in substantia :* les parties ayant fixé la valeur de la chose fournie en paiement, c'est sans doute en considération de cette valeur que le créancier avait donné son consentement à l'opération (*suprà*, n^os^ 61, 64).

85. — 3° *Erreur sur la portée de la prestation.* — Il faut que les deux parties soient d'accord sur la portée de la prestation, c'est-à-dire d'accord sur ce point que la prestation est accomplie en vue d'éteindre la dette. Comme le dit Römer, « il faut qu'il y ait accord préalable, que la presta-« tion et l'acceptation de cette prestation sont faites en vue de « l'extinction d'une dette, *solvendi causâ*, et spécialement de « la dette dont il s'agit par la prestation dont il s'agit » (p. 62). Quelle va être ici la conséquence de l'erreur? Je suppose, par exemple, que le débiteur accomplisse une prestation en vue d'éteindre sa dette; le créancier reçoit la chose avec l'idée que le *tradens* veut la lui prêter ou lui en faire dona-

tion. Alors, il n'y a véritablement pas consentement, puisque les parties n'étaient *pas d'accord* sur le but qu'elles poursuivaient. Donc, d'une part, la propriété n'est pas transmise au créancier (Ulpien, L. 18, *De reb. cred.*, 12, 1), et, d'autre part, il n'y a pas dation en paiement. Le créancier conserve donc le droit de faire valoir sa créance, et le débiteur, resté propriétaire, peut revendiquer sa chose.

86. — II. *Dol.* — Les Romains ne se sont préoccupés qu'assez tard du dol dans les actes juridiques. Quand une partie avait été amenée par dol à donner son consentement, c'était tant pis pour elle, si elle s'était laissée circonvenir; elle n'avait aucun moyen pour se faire restituer contre les conséquences de l'acte accompli. Volontiers, on aurait dit alors : en affaires, trompe qui peut. Cependant, les relations juridiques se multipliant et des abus s'étant produits, le préteur dut se préoccuper du dol. Mais les moyens qu'il employa n'eurent pas pour but de réprimer la fraude en faisant considérer comme non avenu l'acte entaché de manœuvres frauduleuses. En somme, la victime du dol avait consenti; l'acte en soi devait être valable; seulement, la partie trompée pouvait avoir subi un préjudice. C'est uniquement à la réparation de ce préjudice que le préteur s'employa[1]. Il permit à la victime d'opposer à la prétention de l'auteur du dol une exception, quand cela serait possible; à défaut, d'agir contre lui par l'action *de dolo;* en certains cas même, il lui promit une *restitutio in integrum.* Dans une hypothèse, il n'était pas nécessaire de recourir à ces deux derniers moyens, c'est quand il y avait eu contrat de bonne foi; un tel contrat impliquant obligation de s'abstenir

[1] Accarias, II, n° 502, p. 224 et n° 837, p. 1061. Les caractères du dol en droit romain sont bien indiqués par Gide, *Etudes sur la novation*, p. 260, 261.

de tout dol, la victime pouvait se faire indemniser, grâce à l'action née du contrat en sa faveur; mais, même en ce cas, l'acte juridique subsistait tel qu'il avait été primitivement formé, et l'action contractuelle tendait uniquement à la réparation du préjudice subi par la victime.

Qu'il y ait lieu d'appliquer à la *datio in solutum* les voies de recours contre le dol, c'est ce qui me paraît indiscutable. Sans doute, l'action de dol notamment serait inapplicable au cas où les manœuvres frauduleuses auraient tendu au paiement de ce qui était véritablement dû. Comme le dit Paul, *nihil dolo creditor facit qui suum recipit* (L. 129, *De R. J.*, 50, 17). Le motif même de cette solution nous montre qu'elle ne doit pas être étendue au cas de dation en paiement mais qu'il faut la restreindre au paiement proprement dit. On ne peut pas dire du créancier, qui accepte une *datio in solutum*, qu'il a reçu le sien (*suum*), puisque précisément il reçoit autre chose. Les moyens tirés du dol tendent à empêcher que l'auteur du dol ne s'enrichisse au détriment de sa victime; celui qui reçoit son dû ne devient pas plus riche, et c'est pour cela que l'action de dol ne compète pas contre lui; au cas de dation en paiement, au contraire, il est facile de concevoir un enrichissement de l'auteur du dol, que ce soit le créancier ou le débiteur, peu importe, avec appauvrissement corrélatif de sa victime : il suffit pour cela de supposer que, par suite des manœuvres de l'une ou de l'autre des parties, la chose donnée en paiement a été crue d'une valeur bien supérieure ou bien inférieure à sa valeur réelle.

87. — La *datio in solutum* peut donc être viciée par suite du dol de l'une des parties. Pour plus de simplicité, ne nous occupons que du cas où le créancier a consenti à recevoir *aliud pro alio*, par suite du dol du débiteur, et demandons-

nous ce qui va se produire en cette hypothèse. De ce que nous avons dit plus haut, à savoir que le dol n'est pas un obstacle à la formation des actes juridiques, il résulte que la *datio in solutum,* même alors, doit être considérée comme ayant produit son effet, de telle sorte que le créancier ne pourrait pas arguer du dol commis à son encontre, pour élever la prétention d'agir en vertu de sa créance primitive ; cette créance est éteinte d'après le droit civil et tout ce que le créancier peut faire, c'est de recourir aux moyens que le préteur met à sa disposition pour empêcher qu'il ne subisse une perte. Je trouve la preuve de ceci dans un texte, qui, visant particulièrement le cas où l'extinction d'une créance est provoquée par dol, n'accorde au créancier trompé qu'une action de dol s'il est majeur, qu'une *restitutio in integrum* s'il est mineur de vingt-cinq ans. C'est la L. 38, D. *De dolo,* tirée des *Opiniones* d'Ulpien. *Actio de dolo, restitutio in integrum,* ce sont là des moyens subsidiaires qui ne sont accordés qu'en dernière ressource et à défaut de toute autre voie de recours; il ne saurait en être question si le *solvens* pouvait exercer l'action primitive non éteinte (Arg. L. 1, § 1, *De dolo,* 4, 3. Römer, p. 142).

Dans une loi que nous avons déjà rencontrée et que nous retrouverons encore, la L. 46, *De solut.,* 46, 3, Marcien semble dire au contraire que si une *datio in solutum* a été obtenue par dol, le débiteur ne sera pas libéré. Je transcris ici le § 2 de cette loi : *Sed et si quis per dolum pluris æstimatum fundum in solutum dederit, non liberatur nisi id, quod deest, repleatur.* Quelqu'un a donné en paiement un fonds qui, par suite de son dol, a été estimé au-dessus de sa valeur réelle. Le débiteur n'est pas libéré, dit Marcien; de telle sorte que le dol commis par le débiteur serait, semble-t-il, un obstacle à l'extinction de la dette. Il y a antinomie avec la

solution générale donnée par Ulpien. Comment concilier ces deux solutions opposées?

88. — On pourrait peut-être être tenté de faire la conciliation aux dépens d'Ulpien. Il prévoit, en effet, un cas où le débiteur a été libéré par *acceptilatio*, et, pourrait-on dire, l'*acceptilatio*, acte solennel, produit effet par elle-même, indépendamment de toute cause, de toute opération antérieure. L'extinction se comprend donc alors; mais dans la dation en paiement, qui n'implique aucune solennité, il devrait en être autrement. Ce raisonnement pourrait être admis si nous étions en présence d'un texte exceptionnel qu'il s'agirait d'étendre, mais la solution donnée par la L. 38, *De dolo* est conforme aux principes généraux, de telle sorte que c'est le texte de Marcien, qui a besoin d'être expliqué, puisqu'il est en opposition avec les règles ordinaires[1].

Une explication de la L. 46, § 2, *De solut.*, pourrait consister à la rattacher à l'opinion proculienne, laquelle, nous le savons, n'admettait l'extinction de la dette par la *datio in solutum* qu'*exceptionis ope*. Le créancier, pourrait-on dire, ayant été trompé sur la valeur de la chose qu'on lui a fournie, et jugeant, par conséquent, qu'il n'a pas reçu une satisfaction suffisante, peut agir par son action primitive pour obtenir son paiement. Si le débiteur veut lui opposer une exception tirée de la convention intervenue entre eux, le créancier lui répondra par une réplique de dol, qui viendra paralyser l'effet de l'exception. Et Marcien, envisageant seulement le résultat pratique, peut dire à bon droit que le débiteur n'est pas libéré, car c'est en somme à cela qu'on aboutit dans la réalité des faits, par le double jeu de l'ex-

[1] Voyez d'ailleurs, en ce qui concerne la violence, l'assimilation faite entre le mutuel dissentiment et l'*acceptilatio* par la L. 21, § 4, *Quod met. causa*, 4, 2.

ception et de la réplique. — Mais cette explication tombe devant cette remarque, qu'à l'époque où vivait Marcien, les luttes entre Sabiniens et Proculiens appartenaient depuis longtemps à l'histoire. Marcien est contemporain d'Ulpien, et ce dernier, nous l'avons vu, semble bien avoir définitivement admis l'opinion sabinienne (L. 5, § 1, *De pec. const.*, 13, 5). Il est difficile de croire que Marcien défende encore une opinion déjà abandonnée de son temps. Nous verrons que la L. 46 a été à un autre point de vue rattachée à la controverse ancienne sur les effets de la dation en paiement [1]. Or, chose remarquable, c'est à l'opinion sabinienne qu'on a référé ce texte. Ce simple rapprochement suffit pour faire écarter l'explication proposée.

89. — Römer (p. 35, 36, 141, 142) donne à la L. 46 un sens plus acceptable ; nous y avons déjà fait allusion. La circonstance du dol, dit-il, est ici indifférente (*unerheblich*) ; peu importe que le débiteur se soit rendu coupable de dol, ou bien qu'il ait été de bonne foi, en attribuant à la chose donnée en paiement une valeur inférieure à sa valeur réelle ; dans l'espèce, la créance primitive n'en subsiste pas moins. Et en effet le motif de décider dans la L. 46, § 2, ce n'est pas le dol, c'est tout autre chose, ce motif réside dans le fait qu'il y a eu *estimation* de la chose donnée en paiement. La chose ayant été estimée par les parties, le créancier a dû compter que la chose avait véritablement la valeur fixée par l'estimation. Il y avait là, pour ainsi dire, une condition tacite à son acceptation de la dation en paiement ; cette condition n'étant pas remplie, il ne peut être considéré comme ayant perdu sa créance : celle-ci subsiste toujours. Le dol du débiteur n'a rien à voir ici, et s'il en est fait mention, c'est,

[1] Demangeat, *Cours élément.*, II, p. 497, 498.

comme je l'ai déjà dit, pour expliquer comment il est possible que la chose ait été estimée au-dessous de sa valeur; mais le dol n'influe pas du tout sur le fond même de la solution. Il est un texte, d'ailleurs, qui nous offre une situation tout à fait semblable, c'est la L. 98, § 2, *De solution.* Paul suppose un mineur de vingt-cinq ans, qui, trompé par son créancier, lui donne une certaine chose en paiement. Ce mineur pourra obtenir la *restitutio in integrum.* Pourquoi donc? A raison du dol du créancier? Nullement, il suffit que le mineur ait été lésé, en quelque manière que ce soit, pour obtenir d'être restitué *in integrum.* Le dol n'intervient donc ici que pour expliquer comment le mineur a consenti à donner la chose en paiement à son créancier. Mais la solution devrait être la même indépendamment de tout dol de ce dernier; le mineur négligent est protégé comme le mineur qui a été circonvenu [1]. Le dol n'est pas plus la raison décisive dans la L. 46, § 2, *De solut.,* qu'il ne l'est dans la L. 98, § 2; et par conséquent la L. 46, § 2, ne prouve rien contre la solution générale donnée par la L. 38, *De dolo.*

90. — En résumé, la dation en paiement provoquée par le dol du débiteur, ou par le dol du créancier n'est pas inefficace, et la victime du dol n'a d'autre ressource que de recourir aux procédés que le préteur lui offre, exception, action de dol, *restitutio in integrum.* Cette solution est d'accord avec la théorie que nous avons présentée de la dation en paiement; mais pour ceux qui voient dans cette opération un véritable contrat synallagmatique, vente, échange, contrat innommé, la partie trompée n'aurait que faire de ces voies de recours exceptionnelles. Il s'agit ici, en effet, de contrats de bonne foi; logiquement, les auteurs qui assi-

[1] C'est ce que Paul dit formellement dans la L. 24, § 1, *in fine,* D. *De minoribus, 4, 4.*

milent la *datio in solutum* à ces contrats, doivent accorder l'action même, née du contrat, pour permettre à la victime du dol de se faire tenir compte du préjudice qu'elle éprouve. Ainsi, dans les cas où l'on admet qu'il y a vente, le créancier, qui joue le rôle d'acheteur, aurait l'*actio ex empto,* et le débiteur, qui est considéré comme vendeur, pourrait recourir à l'*actio venditi.* Pour nous, qui n'avons pas admis la doctrine même, nous ne saurions admettre les conséquences qu'on en peut tirer. Nous repoussons donc toute action contractuelle; et c'est là un des intérêts pratiques de la question, que nous avons débattue, de savoir quelle est la nature véritable de la dation en paiement; ici, cet intérêt réside notamment dans les différences qui existent entre l'*actio de dolo* et une action contractuelle (Römer, p. 148); différences sur lesquelles je n'insisterai pas. Je me borne à rappeler que l'action *de dolo* n'était donnée que pour une année, tandis que les actions contractuelles étaient généralement perpétuelles. Par suite, quand dans la dation en paiement, une partie aura à se plaindre du dol de son adverse partie, elle aura, d'après notre opinion, bien moins de temps pour agir en indemnité qu'elle n'en aurait dans l'opinion de ceux qui voient dans l'opération que nous étudions la formation d'un véritable contrat synallagmatique.

91. — 3° *Violence.* — Le consentement arraché par la violence n'en existe pas moins : *coactus, sed coactus volui.* L'acte juridique accompli est donc valable en soi; seulement le préteur, ici, comme pour le cas de dol, met à la disposition de la victime les moyens de se faire restituer contre les conséquences fâcheuses de la contrainte sous l'empire de laquelle elle a agi. Ces moyens, ce sont : l'*exceptio quod metûs causâ,* l'*actio quod metûs causâ,* et la *restitutio in integrum.*

Les textes ne nous fournissent aucune application directe de ces propositions à la *datio in solutum.* Si l'on ne consultait même que l'analogie du paiement, il faudrait repousser les voies de recours tirées de la violence, car ces voies de recours ne sont pas accordées contre le créancier, qui a, par violence, contraint son débiteur à payer ce qu'il devait. Mais s'il en est ainsi, au cas de paiement, c'est qu'aucun préjudice véritable n'est causé au débiteur, et l'action *quod metûs causâ,* en particulier, comme l'action de dol exige qu'il y ait dommage... « propter naturam metûs causâ actionis, quæ « damnum exigit, » dit Ulpien (L. 12, § 2, D. *Quod met. c.,* 4, 2). Et si on ne conçoit pas de dommage possible en cas de paiement de ce qui est dû, on en conçoit facilement un en cas de paiement d'une autre chose que la chose due. — D'ailleurs, si nous n'avons pas de texte s'appliquant *in terminis* à la *datio in solutum,* nous pouvons en invoquer un qui applique les principes généraux à deux modes d'extinction des obligations. Si une *acceptilatio,* si le *contrarius consensus* dans les contrats consensuels, ont été obtenus par violence, l'obligation est définitivement éteinte, et il y a lieu d'appliquer l'action *quod metûs causâ.* Telle est la solution donnée par Paul, dans la L. 21, § 4, D. *Quod met. c.,* 4, 2; et il n'y a aucune bonne raison pour ne pas l'étendre à la *datio in solutum* (V. Römer, p. 143, et les autorités qu'il cite à la note).

92. — Supposons maintenant une dation en paiement obtenue par dol ou par violence, et mettons en œuvre les différents moyens accordés à la victime pour se faire indemniser. — Tout d'abord, on ne peut guère concevoir l'application des *exceptiones doli et quod metûs causâ* à la *datio in solutum :* la *datio in solutum,* c'est l'extinction d'une dette par l'accomplissement d'une prestation autre que la presta-

tion due. Elle n'existe donc qu'autant qu'il a eu prestation fournie, et par cette prestation précisément, la dette se trouve éteinte. Quand se pose la question, des deux côtés le but poursuivi est réalisé; le créancier n'a pas à réclamer la prestation qui a été accomplie; le débiteur n'a pas à exiger la libération qui est résultée de plein droit de cette prestation. Il n'y a pas place à une exception qui, au premier cas, serait opposée par le créancier, et, au deuxième, par le débiteur.

Il résulte de là que les actions de dol et de violence seront d'une application plus fréquente en notre matière qu'elles ne le seraient ailleurs. Comment vont-elles se comporter? L'action de dol et celle de violence sont données à l'individu lésé pour obtenir réparation du préjudice que la violence ou le dol lui a causé. Mais la première n'est accordée que contre l'auteur du dol, tandis que l'action *quod metûs causâ* est donnée contre toute personne qui a tiré profit de l'acte entaché de violence (Accarias, nos 838, 847, II, p. 1064, 1082 et s.).

Appliquons ces idées à la *datio in solutum*. Si le dol ou la violence émane de l'une des parties, créancier ou débiteur, la victime a contre son adverse partie l'une ou l'autre action. Mais elle ne pourrait agir contre les tiers, qu'au seul cas de violence. Supposons le dol ou la violence commise par un tiers; la partie lésée ne pourra agir contre l'autre par l'action *de dolo;* elle n'aura de recours que contre le tiers; — par l'action *quod metûs causâ* au contraire, elle aurait le droit d'agir contre l'autre partie.

93. — Si nous nous plaçons maintenant au point de vue du résultat, nous voyons que nos deux actions sont arbitraires. Elles aboutissent en effet à des conséquences très-dures pour le défendeur, la première entraînant l'infâmie, la seconde pouvant donner lieu à une condamnation au qua-

druple. Et il est juste que le défendeur, pour éviter ces effets rigoureux, soit mis à même de donner satisfaction au demandeur. Mais quelle satisfaction, dans notre cas, le défendeur devra-t-il avoir fourni pour être absous?

Supposons d'abord que le dol ou la violence ait été exercée par le *débiteur* qui, par fraude ou menaces, a obtenu de pouvoir se libérer moyennant la prestation d'une chose autre que la chose due. Le juge lui ordonnera de rétablir l'obligation éteinte par la *datio in solutum... restituenda erit in pristinum statum obligatio* (L. 9, § 7, *Quod met. c.*, 4, 2. Römer, p. 144). Le débiteur doit donc procurer au créancier ou au moins lui promettre l'objet primitivement dû, ou bien, s'il s'agissait d'une obligation de somme d'argent, lui fournir une créance équivalente. Par exemple, je suppose que la dette primitive était garantie par des fidéjusseurs. Ceux-ci ont été libérés par la *datio in solutum,* qui opère *in rem*. Le débiteur n'échappera à la condamnation qu'en procurant la garantie des mêmes fidéjusseurs, ou en en fournissant d'autres également solvables... « Arbitratu ju-« dicis,... dit Gaius, non solum illud continetur, ut in tuâ « personâ redintegrétur obligatio, sed et fidejussores quo-« que, vel eosdem vel alios non minus idoneos, adhibeas » (L. 10, § 1, D. *Quod met. c.*, 4, 2. Accarias, n° 842, II, p. 1072). De même, ajoute le texte, tu dois restituer les gages, rétablir les hypothèques que tu avais primitivement fournis. — Le créancier, qui réclame ainsi le rétablissement de son ancien droit, doit naturellement restituer l'objet qu'il a reçu en paiement; mais il paraît équitable de l'autoriser à retenir cet objet, tant qu'il n'aura pas obtenu satisfaction (Römer, p. 144).

C'est le *créancier* qui est l'auteur du dol ou de la violence. S'il avait par là contraint le débiteur à payer la chose même

qui formait l'objet de la dette, il ne serait pas tenu de nos actions, parce qu'elles supposent un préjudice et qu'il n'y en a aucun à payer ce qu'on doit (L. 2, § 2, *Quod met. causâ*, 4, 2; L. 29, *De R. J.*). — Mais quand le débiteur donne une chose qui n'est pas due, on conçoit facilement un préjudice résultant de ce que la valeur de cette chose est supérieure au montant de la dette. Nos actions sont donc possibles, ainsi que je l'ai déjà dit : le juge ordonnera ici au créancier de restituer la chose donnée en paiement, s'il veut être absous; et il devra restituer la chose *cum omni causâ*, avec tous ses accessoires, avec les fruits qu'elle a pu produire, etc., car le créancier ne doit retirer aucun bénéfice de son dol ou de sa violence. Mais, en ce cas, le créancier n'aurait pas le droit de retenir la chose jusqu'à l'acquittement de la dette primitive; le droit de rétention se réalise pratiquement au moyen d'une exception de dol; le créancier, coupable de dol ou de violence, ne pourrait s'en prévaloir. Faut-il aller plus loin, et dire que le créancier, obligé de restituer la chose donnée en paiement, ne pourrait même pas prétendre au rétablissement de sa créance primitive? Je crois qu'il faut répondre affirmativement, si le créancier s'est rendu coupable de violence, et appliquer ici le décret de Marc-Aurèle, d'après lequel celui qui s'est emparé de la chose qui lui est due, perd son droit de créance[1]. Mais aucune disposition semblable n'existe pour le cas de dol, et, en pareil cas, le créancier en restituant la chose, conserverait le droit d'agir par sa créance primitive.

Si le créancier avait aliéné la chose donnée en paiement en faveur d'un tiers de bonne foi, l'action *quod metûs causâ*

[1] L. 7, D. *ad Leg. Juliam*, 48, 7 et L. 3, D. *Quod met. c.*, 4, 2. — Cpr. Römer, p. 145, et Zimmern, *Traité des actions*, trad. Etienne, Poitiers, 1843, p. 537, 538.

pourrait être exercée contre ce tiers, dans la limite de son enrichissement (L. 4, § 5, *Quod met. c.*, 42. Accarias, n° 847, II, p. 1084). Mais l'action de dol n'est pas donnée contre ce tiers, et la victime alors n'aura d'autre ressource que la *restitutio in integrum*.

Si le dol et la violence émanent enfin d'un *tiers*, les actions de dol et de violence dirigées contre ce tiers aboutissent à la réparation du préjudice causé par sa mauvaise action. L'ordre du juge ici encore sera de rétablir l'état de choses antérieur. Le défendeur, pour être absous, devra soit procurer au créancier une action identique à celle qu'il avait auparavant, soit faire en sorte que la chose fournie par le débiteur lui soit restituée; sinon la condamnation sera encourue. L'action de violence qui, en pareil cas, peut être exercée par la partie qui en a été victime contre l'autre partie, cette action tendrait ici encore au rétablissement de la créance ou à la restitution de la chose donnée en paiement (L. 9, § 8, L. 10 pr. *Quod met. causâ*. Römer, p. 146). Et il faut remarquer que si la victime de la violence est le débiteur, il devra rétablir le droit du créancier qui, en ce cas, n'a rien à se reprocher, et par conséquent ne tombe pas sous le coup du décret de Marc-Aurèle. Et si maintenant le créancier a aliéné sa chose au profit d'un tiers de bonne foi, l'action *quod metûs causâ* ne réussirait pas contre ce dernier, et le débiteur n'aurait d'autre ressource que la *restitutio in integrum* (L. 3, C. *De his quæ vi*, 2, 20 : Accarias, n° 847, II, p. 1084), dont il me reste à dire quelques mots.

94. — La *restitutio in integrum*, accordée aux cas de dol et de violence, après enquête du magistrat, peut être très utile pour les hypothèses où les actions ne sont pas données, et elle aboutit au rétablissement de l'état de choses antérieur; le débiteur reprendra la chose qu'il a donnée en

paiement; le créancier verra revivre à son profit le droit que la *datio in solutum* avait momentanément éteint (Römer, p. 146 ;Acca- rias, n° 941, II, p. 1321).

Tel est le résultat auquel aboutiront les voies de recours accordées par le préteur contre la violence et le dol. Ces vices, nous l'avons constaté, ne sont pas un obstacle à la formation de l'acte juridique; cet acte en soi est parfaitement valable. Mais, en pratique, il arrivera fréquemment que l'acte sera considéré comme non avenu, ou plutôt que les conséquences en seront effacées, cela grâce aux effets de la *restitutio in integrum,* quand elle pourra être obtenue, et grâce au jeu de l'*arbitrium judicis* dans les *actiones doli* et *quod metûs causâ.*

CHAPITRE III.

EFFETS DE LA DATION EN PAIEMENT.

SECTION I.

Effets produits entre les parties.

95. — La dation en paiement éteint la dette, comme le ferait le paiement lui-même, c'est-à-dire de plein droit. Nous avons vu comment cette règle, en harmonie avec la nature juridique de notre institution, avait fini par triompher, dès l'époque classique, après avoir donné lieu à un débat entre Proculiens et Sabiniens.

L'extinction de la dette, qui résulte de la dation en paiement, est définitive et irrévocable, et elle s'impose à l'une comme à l'autre des deux parties. Le créancier ne pourrait pas faire revivre son droit en restituant la chose donnée en paiement; et, de son côté, le débiteur ne pourrait pas répéter la prestation qu'il a accomplie, en offrant de payer la dette dont il était tenu. Une constitution de Dioclétien, qui forme la L. 10, C. *De solut.*, 8, 43, nous fournit une application de cette idée : « Successores ejus, qui, major viginti quinque « annis, in solutum pro debito jure mancipia dedit, hæc « revocare non posse constat[1]. »

[1] Par application de la même règle, la L. 24, C. *Eod.*, refuse au débiteur

96. — Mais pour que cet effet extinctif se produise, il faut que la prestation ait été accomplie, ainsi que nous l'avons déjà dit. La dation en paiement, comme le paiement, opère *re*, en vertu de la remise de la chose; c'est à ce moment seulement, et non auparavant, que la dette doit être considérée comme éteinte.

Quand donc pourra-t-on dire que la prestation est accomplie? Il en sera ainsi, en principe, au moment où l'avantage qui résulte de cette prestation sera entré définitivement (*bleibend*) dans le patrimoine du créancier (Römer, p. 66).

En faisant l'application de cette idée, nous dirons d'abord que s'il s'agit d'un fait, la dette sera éteinte, quand ce fait sera complètement exécuté, entièrement terminé. De même s'il s'agit d'une transmission de propriété ou d'une constitution de droit réel, il faudra que le transfert ait été accompli, que le droit réel ait été établi au profit du créancier. Pour les créances, la question est plus délicate, et il y a lieu de distinguer suivant les procédés divers, grâce auxquels le bénéfice d'une créance peut être transmis à une tierce personne. Je n'entrerai pas dans les détails, cela m'entraînerait trop loin. Je me contenterai de poser comme règle que la dette primitive doit être considérée comme éteinte, quand le bénéfice de la créance cédée est assuré au créancier. Prenons, par exemple, le cas de novation par changement de créancier. La dette sera éteinte au moment de la stipulation novatoire, car c'est à ce moment que le créancier acquiert un droit sur le débi-

le droit de réclamer le bénéfice des améliorations, même naturelles, qui seraient survenues à la chose donnée en paiement; l'acquisition est définitive pour le créancier; il profite des augmentations de valeur, comme il supporterait les risques de la chose. Cpr. Pothier, *Pandectes, De solut. et lib.*, 2e partie, sect. 1, art. 6, § 1, n° 66; Heimbach, *Rechtslexicon* de Weiske, v° *Datio in solutum*.

teur de son débiteur. En cas de *procuratio in rem suam,* la créance du *procurator* sur son mandant ne sera éteinte que par la *litis contestatio,* grâce à laquelle, on le sait, le *procurator* devient *dominus litis.* Enfin, dans le dernier état du droit, quand le cessionnaire put agir, par voie d'action utile (V. notamment la L. 5, C. *Quando fiscus,* IV, 15), alors le transfert résultait de la seule convention, et c'est à ce moment que la dette du cédant envers le cessionnaire se trouvait anéantie [1].

97. — Ce n'est pas tout ; il ne suffira pas que la prestation ait été accomplie ; il faudra en outre, nous l'avons vu, qu'elle ait *satisfait entièrement le créancier, et produit l'effet sur lequel il était en droit de compter.* Je m'explique. Le créancier, en acceptant une chose autre que la chose due, a fait un véritable sacrifice ; mais il n'a renoncé à se prévaloir du droit de réclamer la chose qui faisait l'objet de la dette, qu'à la condition que le débiteur lui fournirait une satisfaction aussi complète que possible. Il suit de là que s'il s'agit d'un objet mobilier ou immobilier, donné à la place d'un autre objet, ou en paiement d'une dette d'argent, la propriété en doit être transmise au créancier : s'il y avait eu paiement au sens propre, le créancier aurait dû être rendu propriétaire de la chose due ; dans la dation en paiement, l'intention du créancier est évidemment qu'il en soit de même. Il a bien renoncé au droit d'exiger la chose même qui faisait l'objet de la dette, mais il n'a pas renoncé au droit d'être rendu propriétaire de la chose fournie. Par là, la dation en paiement se distingue bien nettement de la vente. Tandis que le vendeur n'est tenu de procurer à l'acheteur que la libre possession de

[1] Cpr. de Ségogne, *Th.,* p. 54 et suiv. ; Gide, *De la novation et du transport de créances,* passim ; Accarias, nos 640 et suiv., II, p. 551 et suiv. Sur le dernier point indiqué au texte, p. 556 *in fine,* 557.

la chose (*præstare habere licere*), le débiteur, lui, doit rendre le créancier propriétaire de la chose qu'il lui donne en paiement, alors même qu'il s'agirait d'éteindre une dette de somme d'argent.

Cette condition, que la propriété doit être transmise, résulte d'abord de l'expression *dare in solutum*, employée par de nombreux textes, et notamment pour le cas où la dette primitive avait pour objet une somme d'argent (Cpr. par exemple L. 17, L. 24, C. *De solut.*, 8, 43). Elle résulte en outre de certaines expressions caractéristiques, le mot *fieri*, par exemple, *quum facta est suscipientis*, que l'on trouve dans la L. 46 pr., et § 1, D. *De solution.*, 46, 3. La L. 26, § 4, *De cond. ind.*, 12, 6, suppose qu'après une *datio in solutum*, le créancier pourrait se trouver dans l'indivision avec son débiteur, ce qui implique bien une translation de propriété. La L. 60, *De solut.*, 46, 3, serait inexplicable, si la condition que j'ai indiquée n'était pas admise. D'après ce texte, celui qui a donné en paiement l'esclave d'autrui n'est libéré qu'autant que l'usucapion s'est réalisée au profit du créancier. Si le créancier ne devait pas être rendu propriétaire, sa créance serait éteinte avant l'usucapion, à raison de la remise seule de la chose accomplie par le débiteur.

98. — Ainsi, la propriété d'une chose donnée en paiement doit être transmise au créancier, et tant que ce transfert n'a pas eu lieu, la dette n'est pas éteinte. Il en est ainsi particulièrement dans le cas d'*éviction de la chose donnée en paiement*. Si le créancier est évincé, sa créance doit être considérée comme n'ayant jamais été éteinte. *Solutum non videtur quod solutum non durat*. Le créancier pourra faire valoir son droit, comme s'il n'y avait rien eu de fait[1].

[1] Je suppose que le créancier a ignoré la cause d'éviction qui le menaçait. S'il l'a connue, et a cependant accepté la chose en paiement, alors la dette

Cette solution nous est donnée d'abord par Marcien, dans la L. 46 pr., et § 1, D. *De solut.* Si quelqu'un a payé une chose à la place d'une autre et qu'il y ait eu éviction, l'obligation primitive subsiste, *manet pristina obligatio;* il en est de même en cas d'éviction partielle et au cas d'éviction de l'un de deux fonds donnés en paiement. — Elle résulte en outre d'un texte de Paul, la L. 98, D. au même titre. Paul suppose qu'un père, après avoir hypothéqué ses biens, promet à sa fille une dot, dont le paiement est garanti par une hypothèque, portant sur un des biens précédemment engagés. Le père s'acquitte en donnant ce bien en paiement[1]. Si le créancier hypothécaire premier en rang fait valoir son droit et évince ainsi le gendre, celui-ci pourra agir contre le constituant en vertu de la promesse de dot. *Dicendum est maritum ex dotis promissione agere posse.*

Enfin, la L. 8, C. *De sent.*, 7, 45, est conçue dans le même sens. Une femme libre que l'on croyait esclave est vendue ou donnée en paiement. Puis intervient une sentence judiciaire qui la déclare libre. L'*accipiens* aura un recours contre son auteur, s'il lui a fait dénonciation de l'instance relative à la liberté. Ce recours, il l'exercera par l'*actio empti* s'il est un acheteur; s'il a reçu cette femme en paiement, il agira, nous dit le texte, *ob debitum reddendum.* Ceci au premier abord paraît contraire à la solution que nous avons donnée. *Repetere*

est éteinte, non pas à titre de dation en paiement, car l'éviction démontre que la dation n'est qu'apparente, mais *exceptionis ope*, à raison d'un pacte de remise tacite impliqué dans l'opération.

[1] Römer (p. 49, note 30) comprend le texte autrement, et il le réfère à l'hypothèse d'un paiement. Les mots « *et solvit* » le prouvent. La phrase *possessionem pro filiâ suâ dotem promittendo obligavit*, signifie donc, dit-il, que le père, par la promesse de la *possessio*, s'est obligé à la livrer. Cette traduction est inadmissible. Le mot *obligavit* employé deux fois par le texte, a évidemment le même sens dans les deux cas; la *possessio* ne forme pas l'objet de la dot, comme on le prétend; elle en garantit seulement le paiement.

ob debitum reddendum, c'est littéralement exercer une action tendant au rétablissement de la créance primitive, de sorte qu'il semble que cette créance est éteinte, alors que cependant le créancier vient à subir une éviction. Mais tel n'est pas le sens qu'il faut donner à l'expression que je viens de transcrire. *Repetere,* d'abord, ne peut être considéré que comme synonyme de *petere.* Ce mot ne se rapporte pas seulement en effet à l'exercice de l'action primitive, mais encore à l'*actio empti,* et pour cette action, il ne peut signifier que « demander. » Et quant au mot *reddere*, il est souvent employé à la place de *solvere* (Römer, p. 40, 41). Il faut donc lire *petere ob debitum solvendum,* et ce sens est confirmé par les Basiliques qui portent *vel debitum exigere* (IX, 1, § 74). C'est donc l'action primitive que le créancier va pouvoir exercer, et la L. 8 ainsi comprise est tout à fait d'accord avec les passages précités de Paul et de Marcien.

Mais voici deux textes, en contradiction absolue avec la doctrine que nous venons d'admettre. Nous les connaissons, c'est d'abord un texte d'Ulpien, la L. 24, D. *De pign. act.,* 13, 7; c'est, en second lieu, un rescrit d'Antonin Caracalla qui forme la L. 4, C. *De eviction.*, 8, 45. D'après ces deux passages, en cas d'éviction de la chose donnée en paiement, le recours du créancier sera exercé au moyen de l'*actio utilis ex empto,* comme s'il y avait vente; on ne nous parle pas du tout de la persistance de l'action primitive.

99. — De nombreux systèmes ont été proposés pour concilier la solution donnée par Ulpien et Caracalla avec celle de Paul et de Marcien. Avant de les exposer, demandons-nous quel intérêt il peut y avoir pour le créancier à exercer son recours par l'une ou par l'autre action. Quels avantages le créancier trouvera-t-il dans l'action *ex empto utilis*[1]? Quels

[1] L'action utile emprunte toujours les règles de l'action directe, et elle

avantages particuliers pourra lui procurer l'exercice de son action primitive?

En nous plaçant d'abord au point de vue des hypothèses dans lesquelles les deux actions peuvent être accordées, nous voyons que l'action de la créance primitive sera plus avantageuse pour le créancier. Il faut supposer que c'est de bonne foi que le débiteur a fourni en paiement une chose appartenant à autrui. Le créancier alors ne pourra agir par l'action *ex empto* utile, qu'autant qu'il y aura eu éviction consommée. Il n'en sera pas ainsi pour l'action primitive. Le débiteur était tenu de transférer la propriété; sa dette n'est éteinte qu'autant que cette condition a été accomplie. Si le créancier peut prouver qu'il n'a pas été rendu propriétaire, il faut lui reconnaître le droit d'agir, sans attendre l'éviction, en exécution de l'obligation primitive qui subsiste toujours. Les textes qui admettent la persistance de la dette se placent il est vrai dans l'hypothèse où il y a eu éviction effective; les LL. 46 pr. et 98 pr. *De solut.*, le disent formellement : *Si evicta fuerit res.* La L. 8, C. *De Sent.*, suppose qu'il est intervenu un jugement déclarant libre la personne que l'on avait considérée comme esclave. Mais ces textes prévoient le cas le plus ordinaire et n'excluent pas, *in terminis,* le droit pour le créancier d'agir avant l'éviction. En effet, tout d'abord, la L. 20 au Dig., *De solutionibus,* pour le cas de paiement, nous dit que le débiteur n'est pas libéré, si la chose qu'il a payée était grevée d'une hypothèque, parce que l'*accipiens* serait exposé à être évincé par le créancier hypothécaire. L'*accipiens* peut donc agir avant qu'il y ait eu éviction, par son action primitive, qui subsiste encore; il doit en être de même pour la dation en paiement qui

aboutit aux mêmes résultats (L. 47, § 1, *De neg. gestis,* 3, 5; Accarias, n° 791, II, p. 939 et s.). Nous n'avons donc qu'à nous référer aux principes de l'action *ex empto*, dans la garantie en matière de vente.

n'est, nous le savons, qu'une modification du paiement proprement dit. On peut, en second lieu, invoquer l'analogie avec le cas d'échange; le coéchangiste doit être rendu propriétaire; si la chose qui lui est livrée appartient à autrui, il pourra agir sans attendre l'éviction, dès qu'il saura que son coéchangiste n'était pas propriétaire (Accarias, *Contrats innommés,* p. 141). Pourquoi n'en serait-il pas de même en notre hypothèse où le créancier doit aussi être rendu propriétaire? Mais il est deux textes qui sont surtout probants parce qu'ils se rapportent à notre matière. C'est d'abord la L. 60 *De solution. :* le débiteur qui a donné en paiement l'esclave d'autrui, n'est libéré que par l'usucapion de cet esclave. Donc tant que l'usucapion ne sera pas accomplie, le créancier pourra agir contre le débiteur, alors même qu'il ne subirait aucune éviction. Enfin la L. 69 au même titre est absolument décisive. Une personne, poursuivie *noxaliter* à raison d'un délit commis par un esclave, est condamnée. Elle accomplit l'abandon noxal : c'est là une véritable dation en paiement, car, une fois le jugement rendu, son obligation consistait à exécuter la condamnation prononcée (V. appendice, n° 126). Or il se trouve que l'esclave est soumis à un droit d'usufruit ou à un droit d'hypothèque au profit d'un tiers. Celui, en faveur duquel la condamnation est intervenue, pourra, nous dit Celsus, agir contre toi par l'action *judicati* et cela sans attendre l'éviction, *Nec exspectabimus ut creditor evincat.* L'action *judicati,* c'est l'action tendant à l'exécution de la condamnation c'est-à-dire l'action de la créance primitive; cette action n'est pas éteinte, tant qu'il y a des chances d'éviction; il n'est pas nécessaire que celle-ci ait été effectivement réalisée, il suffit que le créancier ait connu les risques qu'il courait et ait pu prouver qu'il n'avait pas été rendu plein propriétaire.

Il résulte donc de ces textes (lesquels ne font aucune distinction), que l'action de l'obligation primitive peut être exercée, avant toute éviction, contre un débiteur de bonne ou de mauvaise foi. Au contraire, les principes sur l'*actio empti*, qu'elle soit directe ou utile, s'opposent à ce que cette action puisse être intentée contre le débiteur de bonne foi, tant que l'éviction ne s'est pas produite.

100. — Quant au résultat auquel nos deux actions peuvent aboutir, chacune d'elles présente des avantages particuliers. D'abord, il se peut que des suretés aient été attachées à la dette primitive, pour en garantir le paiement, par exemple, une hypothèque, des fidéjusseurs. La dette n'étant pas éteinte, ces sûretés subsistent toujours, et le créancier, exerçant son action primitive, pourra s'en prévaloir. Mais cette action primitive peut être de droit strict; de plus elle a pour objet, simplement, le montant de l'obligation ancienne. Au contraire l'*actio empti* utile, est une action de bonne foi, régie par les principes de l'équité. Elle est accordée, nous dit Doneau, *in id quod creditori interest, prædium evictum non fuisse* (T. IX, p. 1463). Elle embrasse donc, non pas le montant de la dette primitive, mais la valeur de la chose au moment de l'éviction, en y comprenant les améliorations, même naturelles, qui ont pu survenir à cette chose, la plus-value qu'elle peut avoir acquise. Elle s'étend en outre à tout le dommage qu'a pu causer l'éviction. Par exemple, le créancier a fait des impenses que le propriétaire revendiquant n'était pas tenu de lui rembourser (impenses voluptuaires, impenses utiles, en tant qu'elles dépassent la plus-value procurée à la chose); il devra lui en être tenu compte; de même aussi des fruits qu'il serait obligé de restituer, etc. Si la somme de toutes ces restitutions excède le montant de la dette primitive, le créancier aura intérêt à intenter l'action *ex empto;* dans le cas contraire,

c'est son action primitive qu'il exercera comme lui étant plus avantageuse.

La solution d'Ulpien et de Caracalla garantit mieux les intérêts des tiers que celle de Paul et de Marcien. Quand le créancier exerce son action primitive, les sûretés accessoires qui en garantissaient le paiement, doivent être considérées comme subsistant toujours. Le fidéjusseur qui a cautionné la dette, le détenteur du bien qui avait été hypothéqué, sont exposés par là à être inquiétés de nouveau, alors qu'ils étaient en droit de se croire entièrement libérés; ceci peut leur être tout à fait préjudiciable. Au contraire, si le créancier n'a qu'une action *ex empto* utile, les fidéjusseurs, les détenteurs des biens hypothéqués n'auront plus rien à craindre : la dette primitive est anéantie, et avec elle tous ses accessoires. « Un fait imprévu ne viendra pas les troubler « dans leurs combinaisons, ni les décevoir dans leurs espé- « rances. Le crédit aura été développé; les affaires nouvelles « seront traitées avec plus d'assurance, sans avoir à craindre « que les affaires en apparence terminées ne se raniment « et ne causent de pénibles surprises[1]. » Mais ce sont là des considérations qui ne devaient guère entrer dans les prévisions des jurisconsultes romains. L'intérêt des tiers ne les préoccupe guère, et c'est sans y donner attention qu'ils accordent au créancier l'une ou l'autre des deux actions.

101. — Arrivons maintenant à l'étude des différents systèmes qui ont été proposés pour concilier nos textes. Après les avoir discutés aussi brièvement que possible, nous indiquerons celui qui nous semble le meilleur. Tous ces systèmes peuvent être rangés sous trois catégories principales : — Un

[1] Labbé, *De la garantie*, Revue pratique, 1855, t. XIX, p. 566 à la note.

premier groupe soutient qu'il y aurait eu controverse entre les jurisconsultes romains, les uns accordant l'*actio empti utilis*, les autres l'action originaire. — Un deuxième groupe admet que les jurisconsultes étaient d'accord sur ce point, mais que les solutions qu'ils donnent visent des hypothèses tout à fait distinctes; le créancier, pour exercer son recours aura tantôt l'action primitive, tantôt l'action *ex empto* utile, suivant le cas. Enfin, un troisième groupe d'interprètes admet la coexistence des deux actions, et reconnaît au créancier le droit soit de les cumuler, soit seulement de choisir entre elles.

102. — 1. Pour les premiers interprètes, il est inutile de chercher une conciliation entre des textes évidemment contradictoires. Le plus simple, c'est de reconnaître qu'il y avait controverse entre les jurisconsultes[1]. — Je ne saurais admettre cette solution. D'abord et d'une manière générale, elle aboutit à prêter aux compilateurs du Digeste et du Code une grave négligence. Comment admettre qu'ils aient inséré dans le corps des lois romaines, c'est-à-dire dans une œuvre législative, des solutions aussi contradictoires? On peut sans doute leur reprocher des erreurs, des inconséquences; mais celle-là serait tellement grossière, qu'il paraît difficile de croire qu'ils aient pu la commettre. S'il y avait eu controverse entre les jurisconsultes, ceux-ci insisteraient, plus qu'ils ne le font, sur les motifs qui les déterminent; or ils nous présentent leurs décisions comme allant de soi; ils se bornent à de simples affirmations, ou s'ils donnent des motifs, ils restent dans le vague et dans les généralités; si le doute avait pu exister, même dans leur esprit, ils n'auraient pas manqué de préciser et d'expliquer davantage.

[1] Accarias, n° 691, p. 697, note 1, *in fine;* de Berly, *Th.*, p. 77; Dernburg, *Pfandrecht*, II, p. 246 et s.; Demangeat, II, p. 497, 498.

D'ailleurs, avec ce système, on supprime la difficulté, on ne la résout pas. Il est très-commode sans doute de constater un désaccord entre les jurisconsultes, mais encore faudrait-il expliquer comment ce désaccord a pu se produire.

103. — M. Accarias se borne à dire que la doctrine de Marcien et de Paul est plus rigoureuse, plus conforme aux principes; — celle d'Ulpien et de Caracalla protège mieux les tiers, dont l'intérêt est que la dette soit définitivement éteinte. Ces observations sont exactes, et nous les avons présentées nous-mêmes; mais il est fort douteux, ainsi que nous l'avons dit, qu'elles aient été déterminantes pour les jurisconsultes romains. On sait combien l'intérêt des tiers les préoccupait peu. C'est à Ulpien que l'on attribue un système de protection pour les tiers, et c'est ce même Ulpien qui, on le sait, fit prévaloir l'application de la condition résolutoire, en matière de transmission de propriété. Or s'il est une institution juridique destructive de la sécurité des tiers, c'est bien celle-là. On ne peut donc croire que ce jurisconsulte se soit laissé toucher par une telle considération, au point de vue qui nous occupe.

104. — Dernburg se borne de même à constater cette prétendue divergence des jurisconsultes. D'après les uns, dit-il, la dette n'était éteinte, que si la chose donnée en paiement devenait la propriété inattaquable du créancier : au cas où cette condition n'était pas réalisée, la créance primitive subsistait; d'après les autres, le créancier, à la place de la créance, avait acquis un droit sur la chose; la créance était à tout jamais éteinte; le créancier était propriétaire, si la chose donnée en paiement appartenait au débiteur; sinon, il avait un recours en garantie qu'il exerçait au moyen de l'*actio empti*. Nous avons déjà dit, en recherchant la nature de la dation en paiement, que ce second système, qui con-

sisterait à voir dans cet acte juridique une sorte de quasi-novation, et que Dernburg considère comme le meilleur, que ce système n'avait rien de romain. Nous ne reviendrons pas sur la réfutation de l'interprétation que Dernburg donne du texte d'Ulpien (L. 24 pr., D. *De pign. act.*). Pour nous, la seule doctrine qui soit conforme aux principes, c'est celle qui admet que la dette n'est éteinte que si la chose donnée en paiement devient la propriété définitive et incommutable du créancier ; c'est la doctrine de tous les jurisconsultes ; c'est même la doctrine d'Ulpien, c'est-à-dire du seul auteur auquel Dernburg attribue la seconde théorie dont il parle. Dans la L. 26, § 4, *De cond. ind.*, 12, 6, Ulpien suppose que le débiteur a une action personnelle pour enlever au créancier la chose donnée en paiement; cette chose est cependant devenue la propriété du créancier; n'importe, l'obligation n'est pas éteinte. *A fortiori,* doit-il en être de même, pour Ulpien, dans le cas où le créancier ne serait pas devenu propriétaire. L'opinion qu'on lui prête le met donc en contradiction avec lui-même, ce qui n'est pas admissible (V. ch. 2, sect. 1, n° 49).

105. — D'après M. Demangeat, la contradiction des textes s'explique par la controverse entre Sabiniens et Proculiens sur les effets de la *datio in solutum.* Pour les Sabiniens, la dation en paiement équivaut à un paiement; or dans le paiement, quand il y a éviction de la chose payée, l'obligation primitive subsiste (L. 20, L. 33, D. *De solution.*, 46, 3); pour les Sabiniens, il doit en être de même dans la *datio in solutum;* Paul et Marcien se rattachent à la théorie sabinienne. Au contraire, Ulpien et Caracalla font l'application de la théorie proculienne. D'après les Proculiens la dette n'était éteinte qu'*exceptionis ope.* Or voici quel était sans doute leur raisonnement. Le débiteur qui donne au créan-

cier une chose autre que celle qu'il lui doit, doit être considéré comme lui faisant une vente de l'objet qu'il lui fournit, en compensant le prix avec le montant de la dette qu'il veut éteindre. C'est pourquoi, en cas d'éviction, c'est l'action *ex empto* utile qui est donnée au créancier, et celle-là seulement. Si le créancier en effet voulait intenter son action originaire, il pourrait être repoussé par une exception de dol, fondée sur la compensation; il y a dol, de votre part, dirait le débiteur, à me réclamer une somme d'argent, que vous devriez vous-même me fournir en votre qualité d'acheteur. Tout ce que pourra donc faire le créancier, c'est réclamer la réparation du dommage; dans ce but, l'*actio empti utilis* lui compète seule.

Cette opinion n'est pas plus admissible que les précédentes. Indépendamment des raisons générales que nous avons déjà données, nous pouvons remarquer d'abord qu'elle prête aux Proculiens une théorie sur la nature de la dation en paiement, qui, nous l'avons vu, n'est pas celle des jurisconsultes romains. Il est d'autant plus invraisemblable que cette théorie ait été celle des Proculiens, qu'on l'applique, remarquons-le, même au cas où la créance primitive n'avait pas pour objet une somme d'argent. Or, nous savons que les Proculiens, en matière de vente, soutinrent et firent prévaloir cette idée que le prix, dans la vente, doit consister en une somme d'argent. Comment donc auraient-ils pu admettre l'idée de vente sans distinction? On répond assez imparfaitement qu'Ulpien et Caracalla se placent dans l'opinion intermédiaire soutenue par Cælius Sabinus (Gaius, III, § 141). D'après cet auteur, il y a vente quand une personne aliène une chose vénale, moyennant une chose autre que de l'argent, car alors il est facile de distinguer qui joue le rôle de vendeur, qui joue le rôle d'acheteur. Dans notre cas,

dit-on, il en est ainsi; c'est le débiteur qui est le vendeur, puisque c'est lui qui offre au créancier sa chose en paiement de ce qu'il lui doit. — Tout ce raisonnement tombe devant cette simple remarque que C. Sabinus était un Sabinien; sa théorie ne fut pas admise par les Proculiens, ainsi que le démontre le passage précité de Gaius; une autre preuve qu'ils maintinrent leur doctrine, c'est que celle-ci triompha définitivement, d'après la constatation même de Justinien (Inst., III, 23, § 2). On ne peut pas attribuer à ces jurisconsultes un raisonnement qui se fonde principalement sur la doctrine admise par un Sabinien.

Mais ce n'est pas tout. A l'époque où vivaient Paul, Ulpien et Marcien, les controverses entre Sabiniens et Proculiens n'existaïent plus depuis longtemps. Ces jurisconsultes sont, comme on l'a dit, des éclectiques, et ils empruntent à l'une ou à l'autre école les théories qui leur semblent les meilleures. C'est ainsi, par exemple, que Paul, qui nous est présenté ici comme se rattachant à l'école sabinienne, n'hésite pas à admettre la théorie des Proculiens sur le prix dans la vente (L. 1, § 1, *De contr. empt.*, 18, 1). De même, il repousse avec les Proculiens, et contrairement à la doctrine sabinienne, la règle *omnia judicia esse absolutoria*, dans les actions de droit strict (L. 84, *De verb. obl.*, 45, 1; Gaius, IV, 114) : c'est donc à tort qu'on veut en faire un Sabinien. Bien mieux, il paraît bien qu'au temps où vivaient nos jurisconsultes, la controverse sur l'étendue des effets de la dation en paiement était tout à fait éteinte. J'ai cité déjà, dans le chapitre I^er^ de cette étude (n° 15), des textes qui montrent que la doctrine sabinienne sur ce point l'avait emporté parmi ces textes, il en est précisément deux d'Ulpien (L. 1, § 5, *De pec. const.*, 13, 5; L. 26, § 4, *De cond. ind.*, 12, 6). Si l'action utile *ex empto* devait être rattachée à la théorie

proculienne, cette action aurait dû disparaître comme cette théorie elle-même. Puisqu'elle a subsisté, c'est qu'il faut chercher ailleurs la conciliation de nos textes.

Enfin, M. Labbé a fait valoir contre la théorie de M. Demangeat un argument qui me paraît décisif. Sans doute, dit-il, il est logique pour les Sabiniens d'avoir considéré comme non éteinte la dette pour laquelle la chose d'autrui a été donnée en paiement. Mais, logiquement aussi, les Proculiens auraient dû admettre le même résultat. D'après ces jurisconsultes, une dation en paiement, même régulière et parfaite, n'éteint pas la dette de plein droit; à plus forte raison doit-il en être de même, quand il n'y a pas eu véritablement dation, quand le créancier n'a pas été rendu propriétaire. Voici en effet comment les choses se seraient passées dans la doctrine proculienne. Le créancier, évincé de la chose donnée en paiement, exerce son ancienne action; le débiteur lui oppose une exception de dol, à quoi le créancier répond par une *replicatio doli,* car il y a dol de la part du débiteur de n'avoir pas fourni au créancier la satisfaction pleine et entière sur laquelle il était en droit de compter. Donc Sabiniens et Proculiens devaient logiquement aboutir à admettre la persistance de l'ancienne action; on prête à ces derniers une théorie qui n'était pas la leur[1].

106. — II. A côté des auteurs, dont nous venons de combattre l'opinion, il en est d'autres qui, pour expliquer l'antinomie des textes, prétendent que ces textes se réfèrent à des hypothèses distinctes : dans tel cas, le créancier évincé aura le droit d'exercer son action originaire; dans tel autre cas, il agira par l'action *ex empto* utile. On part de cette idée qu'il est impossible d'admettre que ces deux actions puissent

[1] Sur toute cette réfutation, V. Labbé, *De la garantie,* Rev. pratique, 1865, notamm. p. 563 et suiv.

exister simultanément au profit du créancier. De deux choses l'une, dit-on, ou l'ancien rapport d'obligation subsiste toujours, et alors l'action primitive pourra être exercée, — ou bien ce rapport est définitivement anéanti, et a été remplacé par un rapport nouveau; et alors c'est à l'*actio empti utilis* seule que le créancier pourra recourir. Il est contradictoire d'admettre la coexistence des deux actions, et si les textes accordent tantôt l'une, tantôt l'autre, c'est qu'ils se réfèrent à des situations différentes. — Une distinction est donc nécessaire; mais quel en sera le critérium?

107. — D'après un auteur allemand, Schliemann (*Die Haftung des Cedenten,* p. 47 et suiv., spécial., p. 52, 53), il y aurait deux sortes de dation en paiement; à l'une se référeraient les textes de Marcien, de Paul et de Dioclétien; — à l'autre les textes d'Ulpien et de Caracalla. « La première « espèce de dation en paiement implique cette convention « que le créancier *est obligé* de laisser effectuer le paiement « par la prestation d'une chose autre que celle à laquelle « tend l'obligation; dans la seconde, le créancier *a le droit* « d'exiger cette prestation. En nous plaçant au point de vue « du débiteur, dans un cas il a le droit, dans l'autre il est « obligé de *dare aliud pro alio.* Dans ce dernier cas, le rap- « port juridique doit être traité comme un contrat de vente, « et s'il y a éviction, le créancier aura l'*actio empti;* au con- « traire, dans le premier cas, le créancier aurait unique- « ment l'action qui sanctionne l'obligation primitive. »

L distinction que propose Schliemann en soi est assez exacte, et nous l'avons établie nous-mêmes, lorsque nous nous sommes occupés des promesses de dation en paiement. Quand il y a promesse de *dare in solutum,* les parties peuvent très-bien convenir que le débiteur sera obligé à la prestation nouvelle, — ou qu'il n'y aura pour lui qu'une *facultas*

solutionis. Mais nous supposons une dation en paiement réalisée, indépendamment de toute promesse. Nous nous plaçons dans le cas ordinaire, celui où le débiteur fournit à son créancier, qui l'accepte, une chose autre que la chose due, et nous nous demandons quelles sont les conséquences de l'éviction de cette chose; or, il résulte de l'éviction ceci, que le débiteur n'a fourni aucune prestation à son créancier, ou ne lui a fourni qu'une prestation insuffisante, — que, par suite, la dette doit être considérée comme subsistant toujours, qu'il y ait eu ou non une obligation à la charge du débiteur. — En soutenant qu'il y a parfois, dans la dation en paiement, formation d'un rapport juridique nouveau, Schliemann émet sans doute une idée juste; il est très-possible, en effet, que les parties aient voulu ce résultat. Mais, comme je l'ai montré, ce n'est pas en ce sens qu'il faudra interpréter la volonté des parties, quand elles ne se seront pas formellement expliquées à cet égard; le créancier et le débiteur ont voulu simplement aboutir à l'extinction de la dette, et pas autre chose. D'ailleurs, la distinction proposée par Schliemann ne repose sur aucun texte. Ni Marcien, ni Paul, ni Dioclétien ne nous disent qu'il y a obligation pour le créancier à recevoir une chose autre que la chose due, pas plus qu'Ulpien et Caracalla ne supposent que le créancier a le droit d'exiger cette autre chose. Tous ces textes statuent sans distinguer. Bien mieux, dans la L. 46 pr., *De solut.*, Marcien dit formellement que la chose a été payée au créancier de son consentement. *Si quis aliam rem pro alia volenti solverit.* Le créancier n'était donc pas obligé de recevoir *aliam rem*, et pourtant, d'après la L. 46, c'est au moyen de son ancienne action que le créancier exercera son recours. — Ne reposant sur aucune base solide, contredite même par un texte, la doctrine de Schliemann doit être rejetée.

108. — Une autre distinction part de l'idée que la dation en paiement constitue un contrat synallagmatique, et doit être assimilée suivant les cas, soit à une vente, soit à un échange. Exposée d'abord par les glossateurs, cette doctrine a été admise par Cujas, et, en des temps plus récents, par Blumenthal[1]. D'après Cujas, la distinction à faire est la suivante : Si la dette primitive consistait en une somme d'argent, alors l'opération forme une vente, et c'est l'*actio ex empto* utile qui est donnée « Si pro pecunia res æstimata soluta sit « emptionem esse, non permutationem;... et ideo ex natura « emptionis, liberationem contingere ei, qui rem alienam « solvit pro pecunia, qui pro venditore habetur, quia vendi- « tor non tenetur rem facere accipientis. » A ce cas se réfèrent les textes d'Ulpien et de Caracalla. Mais si une chose est donnée à la place d'une autre chose (*species*), alors il y a échange : « At si pro re res soluta sit permutationem esse, quæ, « etsi emptioni similis est, tamen in multis longe ab ea dis- « tat,... quia permutatio ita geritur *Do ut des,* et non dat, nisi « qui facit accipientis. Ergo quasi non contracta permutatione « pristina obligatio rei debitæ integra manet, re evicta quæ « pro ea soluta erat. » Ici l'obligation primitive subsiste : c'est le cas prévu par Marcien, Paul et Dioclétien. Cujas, du reste, ne se préoccupe pas de l'hypothèse où c'est un fait qui était dû ; il est probable qu'en ce cas, il aurait admis la persistance de l'obligation ancienne. Quoi qu'il en soit ce système ne saurait être admis.

D'abord il repose sur un fondement inexact. Nous avons

[1] Cpr. *La Grande Glose*, sur la L. 4, C. *De evict.* Cujas, particulièrement dans ses *Observations*, XIX, ch. 38. Ed. Fabrot, III, p. 566. Dans son *Traité sur Africain* (Ed. Fabrot, I, p. 1498), Cujas semble donner au créancier le choix entre l'obligation primitive, et l'action *ex empto*. Blumenthal, *Pauca de datione in solutum*, 1830, p. 27 et suiv. (cité par Römer, p. 43).

démontré que la dation en paiement ne pouvait être considérée comme une opération synallagmatique; nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit à cet égard. Nous ne voulons faire qu'une simple remarque. Cujas est conduit par sa doctrine à admettre que le débiteur est ou n'est pas obligé, suivant les cas, à transmettre la propriété de la chose qu'il donne en paiement, et c'est sur ce motif précisément qu'il fonde sa distinction, au point de vue qui nous occupe. Une pareille idée ne saurait être admise; elle est trop en contradiction avec l'intention du créancier. Le créancier veut être mis à même de retirer de la chose qu'il accepte en paiement le plus d'utilité possible; il veut en être rendu propriétaire. Qu'importe, à cet égard, la nature de la dette primitive, et l'objet sur lequel elle portait? C'est dans tous les cas qu'il faut dire : *debitor tenetur rem facere accipientis;* s'il ne l'a pas fait, la dette primitive, même portant sur une somme d'argent, ne doit pas être considérée comme éteinte. Comme on l'a fait remarquer, il n'y a pas de raison, pour que le créancier soit inégalement protégé dans les deux hypothèses; il est digne du même intérêt dans un cas aussi bien que dans l'autre (Labbé, *loc., cit.,* p. 563.)

D'ailleurs, la théorie de Cujas ne cadre pas avec nos textes. Les LL. 24, *De pign. act.,* et 4, C. *De evict.,* qui accordent au créancier évincé l'action *utilis ex empto,* ne précisent pas du tout la nature de la dette primitive; conçues en termes généraux, elles se réfèrent aussi bien au cas où la dette primitive avait pour objet une *species,* qu'au cas où elle portait sur une somme d'argent. La L. 46 pr., *De solution.* de Marcien, qui concède l'action primitive suppose bien que l'objet de la dette ancienne était une *res : res pro re data est...,* mais ce mot est pris ici dans un sens très-large; il désigne un objet quelconque, une somme d'argent, aussi bien qu'un corps

certain. Il n'y a, pour s'en convaincre, qu'à rapprocher le § 1er de la L. 46 du *principium* de cette loi : le mot *debitum* qu'emploie le § 1er est général, et s'appliquerait plutôt à une dette d'argent qu'à une autre dette. De même la L. 8, C. *De sent.* ne fait aucune distinction; bien mieux, la dation en paiement y est mentionnée à côté de la vente, laquelle suppose un prix en argent; il est donc vraisemblable que les empereurs, qui donnent au créancier son action originaire, se référaient à une espèce où il s'agissait d'une dette de somme d'argent. Le texte de Paul (L. 98 pr., *De solut.*), qui suppose qu'il y a eu éviction de la chose donnée en paiement d'une dot, vise sans doute le cas où la dot était promise en argent[1]. La L. 26, § 4, *De cond. ind.* que nous connaissons, et qui prévoit une hypothèse où le créancier recourt par son action primitive suppose que cette action avait pour objet une somme d'argent. Enfin, et surtout, je citerai la L. 69, *De solution.*. Un maître, après avoir été condamné *noxaliter,* abandonne l'esclave coupable au demandeur. C'est là une véritable dation en paiement, nous l'avons dit. En cas d'éviction de l'esclave, l'*accipiens,* dit Celsus, pourra agir contre le maître, par l'action *judicati,* en exécution de la condamnation; or cette condamnation était pécuniaire; l'obligation du maître avait donc pour objet une somme d'argent, et pourtant ce n'est pas l'*actio empti utilis* qui est accordée.

Pour tous ces motifs, et pour tous ceux que j'ai déjà donnés dans le chapitre Ier, l'opinion de Cujas doit être abandonnée.

109. — III. Nous arrivons ainsi à une théorie qui admet

[1] C'est ce que remarquait déjà le président Favre (*Error. Pragm. C. error* 7). Römer (p. 49, note 30) soutient que ce texte n'est pas décisif : il vise seulement le cas de paiement. Nous avons écarté plus haut cette idée (n° 93, p. 131, note 1).

la coexistence des deux actions. Le créancier évincé pourra obtenir satisfaction soit par l'action de l'obligation primitive, soit par l'action *empti* utile; d'après les uns, il a simplement le droit de choisir entre les deux actions; d'après les autres, il pourrait cumuler les avantages de l'une et de l'autre.

Ce système fut, au XVI[e] siècle, admis par Duaren et Doneau[1], mais timidement, pour ainsi dire, et pas d'une manière absolue. Le créancier, d'après ces auteurs, avait toujours la possibilité d'exercer son action primitive, qui subsistait dans tous les cas. En outre, quand la dation en paiement avait pour but d'éteindre une dette de somme d'argent, l'opération était analogue à une vente, et dans cette hypothèse, mais dans celle-là seulement, le créancier, en cas d'éviction, outre l'action primitive, pouvait agir par l'action utile *ex empto*. C'est là une distinction qui ne s'explique guère et qui ne devait pas triompher. Les textes qui accordent l'*actio empti* n'ont rien de limitatif et visent l'hypothèse d'une dation en paiement quelconque; si cette action est donnée, c'est qu'il peut être plus avantageux pour le créancier de l'exercer; on ne voit pas pourquoi cet avantage serait limité uniquement au cas où la dette à éteindre portait sur une somme d'argent; il faut l'accorder aussi au créancier d'une *species*, dont la situation, en somme, est identique.

Aussi, dès cette époque, Brisson et le président Favre[2] se prononcèrent-ils pour la coexistence des deux actions dans

[1] Duaren, sur la L. 4, C. *De evict.*, 8, 45; Doneau, *De jure civili*, XVI, 9, éd. de Rome, t. IV, p. 736; sur la L. 4, C. *De evict.*, t. IX, p. 1459. Dans le même sens, Voet, *ad Pand. De solut. et lib.*, XIII.

[2] B. Brisson, *De solut. et lib.*, édition Trekkel, Leyde, 1749, t. I, p. 125 et suiv.; Favre, *De error. prag.*, dec. 100, err. 7, 8 et 9 (éd. 1658, II, p. 789 et suiv.).

tous les cas. « Toties autem res pro re soluta liberationem « parit, dit Barnabé Brisson, quotiens in solidum accipientis « facta est. Evictâ vero eâ, pristina obligatio durat, et utilis « nihilhominus ex empto actio creditori, in quod ejus interest « sit, accomodatur. » Au XVIII^e^ siècle, Pothier donna à ce système l'appui de sa grande autorité (*Vente,* n° 604), et c'est lui qui domine de nos jours tant en France qu'en Allemagne. Seulement, tandis que les jurisconsultes allemands donnent simplement au créancier le choix entre les deux actions, les romanistes français, au contraire, avec Pothier, lui permettent d'en cumuler le bénéfice, jusqu'à concurrence de la plus forte des condamnations auxquelles elles peuvent aboutir[1]. Avant de rechercher laquelle de ces deux opinions doit être préférée, justifions d'abord le système en lui-même. Pour nous, c'est le seul qui soit conforme et aux textes et aux véritables principes de la dation en paiement.

110. — Quant aux principes, souvenons-nous de ce que nous avons dit dans la première partie de cette étude. La dation en paiement est un acte juridique qui a pour but d'éteindre une obligation : c'est un mode de paiement. Le créancier consent à ce que sa créance soit éteinte, moyennant que le débiteur lui fournisse une certaine satisfaction, différente de la satisfaction due. Si une éviction se produit, si, par conséquent, le créancier n'est pas satisfait, comme il avait espéré de l'être, il est naturel de considérer la dette comme subsistant toujours : comme le dit fort justement M. Labbé, « le retour au passé, en cas d'inexécution est ce qu'il y a de

[1] Dans le sens de la première opinion, V. Glück, XX, p. 190 et suiv., note 74; Puchta, *Pandekten*, § 240; Vangerow, § 583, t. III, p. 170; Molitor, *Oblig.*, t. II, n° 980, p. 417; Römer, p. 54 et suiv. Dans le sens du cumul, Pothier, *Vente,* n° 604; Labbé, *De la garantie,* Rev. pratique, 1865, p. 569 et suiv.; de Ségogne, *Th.*, p. 71; Bisson, *Th.*, p. 78.

« plus conforme à l'intention des parties. » Donc au créancier évincé, il faut reconnaître le droit d'exercer son ancienne action. C'est ce qu'expriment les LL. 46, 98 pr., *De solut.*, la L. 8, C. *De sent.*

Mais, d'un autre côté, la dation en paiement, comme le paiement, est un acte à titre onéreux, au moins quand elle se rapporte à une obligation qui présentait ce caractère. Or les actes à titre onéreux, les actes intéressés de part et d'autre, impliquent essentiellement l'obligation de garantie. Plus exactement, la garantie est attachée à tout acte de transmission à titre onéreux d'une chose ou d'un droit; elle a lieu par exemple au cas de vente d'échange, de partage, de transaction ; elle doit avoir lieu aussi en matière de dation en paiement. Le créancier, évincé de la chose donnée en paiement, doit avoir le droit de se faire indemniser du préjudice que lui cause l'éviction : de là l'*actio ex empto* utile que lui accordent la L. 24 pr., *De pign. act.* et la L. 4, C. *De evict.* Il n'est donc pas nécessaire de supposer une vente, c'est-à-dire la formation d'un rapport juridique nouveau, pour reconnaître au profit du créancier l'existence d'une action en garantie. Ainsi tombe l'objection faite par les auteurs qui pensent qu'il y a contradiction à admettre que les deux actions puissent exister simultanément, parce qu'il est impossible de concevoir la naissance d'un rapport nouveau d'obligation, si l'on dit que l'ancien rapport subsiste toujours. La vérité, c'est que la dation en paiement n'établit aucune relation d'obligations entre les parties, au moins *principaliter;* il y a simplement obligation accessoire de garantie, en cas d'éviction, comme dans tous les actes de transmission à titre onéreux. Quand les textes nous disent que le créancier a une action *ex empto* utile, c'est comme s'ils disaient : le créancier aura une action en garantie qui lui permettra de se faire in-

demniser par le débiteur du préjudice que l'éviction lui cause, de la même manière que l'acheteur en a une dans la vente : « le créancier a droit à garantie comme un acheteur, dit « M. Labbé ; il conserve ses droits primitifs inaltérés par une « dation en paiement qui n'a été qu'apparente, et de plus, il « a une action nouvelle en garantie. »

111. — Les mêmes règles se présentent, en matière de paiement. Quand la chose payée est enlevée au créancier par une éviction, celui-ci, nous disent les textes, pourra recourir par l'action primitive, comme si le paiement n'avait pas eu lieu (L. 20, L. 33, *De solution.*). En outre, d'après Scævola (L. 31, § 1, *De verb. obl.*, 45, 1), il est en droit d'exiger du débiteur au moment du paiement une *cautio de evictione*, c'est-à-dire une promesse de réparer le dommage qui sera causé par l'éviction éventuelle de la chose donnée en paiement. Quand une semblable promesse sera intervenue, le créancier aura à sa disposition deux actions, l'action primitive, et l'action *ex stipulatu*, et il pourra à son gré agir par l'une ou par l'autre. Or, on est fondé à penser qu'il se produisit ici un progrès analogue à celui qui fut réalisé en matière de vente. La promesse *de evictione*, de même que la *stipulatio duplæ*, dans la vente, devint sans doute si fréquente en pratique, qu'on finit par la sous-entendre; on donna au créancier une action en indemnité, comme si le débiteur avait réalisé la *cautio de evictione*. Telle est la marche que suivit très-probablement (quoiqu'on n'en puisse fournir aucune preuve directe), la jurisprudence romaine en matière de paiement. Puis, comme on considérait la dation en paiement comme un paiement véritable, on fut conduit naturellement à admettre la coexistence des deux actions en cette matière.

112. — Mais comment expliquer que ce soit l'*actio empti*

qui ait été étendue ici *utilitatis causa?* pourquoi n'avoir pas créé une action spéciale, ou tout au moins, pourquoi n'avoir pas eu recours à l'action *præscriptis verbis,* qui est plus générale, et qui convient mieux à la nature de la dation en paiement? Sur le premier point, il est facile de répondre. Le droit romain, comme on l'a dit fort justement, est un droit avare d'actions : quand une situation nouvelle nécessitait une sanction, les jurisconsultes aimaient mieux étendre le cadre des actions existantes que d'en créer de nouvelles. Et s'ils ont eu ici recours à l'*actio empti* de préférence à toute autre, il y a à cela plusieurs raisons : Si la garantie est admise dans tous les actes à titre onéreux qui impliquent une transmission de droits, elle se présente surtout dans la pratique en matière de vente; c'est à propos de la vente que les jurisconsultes s'en sont surtout préoccupés; dès lors, il était naturel de faire intervenir l'action dont l'application pratique était la plus fréquente, et dont les règles étaient le mieux déterminées. D'un autre côté l'extension à notre hypothèse de l'action *præscriptis verbis* ne se comprendrait guère. Cette action implique de la part de celui qui l'exerce qu'il a accompli une certaine prestation, qu'il a procuré un avantage au défendeur. Il doit avoir réalisé un fait ou une dation; or, nous l'avons dit, le créancier, dans la dation en paiement, ne fait rien du tout; il y a sans doute de sa part renonciation à se prévaloir du droit de réclamer la chose même qui formait l'objet de la dette; mais cette renonciation implicite ne constitue pas un *factum* susceptible de servir de base à l'action *præscriptis verbis.* Et alors même que l'on voudrait y voir une prestation suffisante, dans les cas ordinaires, il n'en faudrait pas moins refuser ici l'action *præscriptis verbis.* En effet quand le créancier est évincé de la chose donnée en paiement, la dette n'est pas éteinte; on ne peut donc pas dire

qu'il y ait une prestation quelconque accomplie par le créancier, un avantage, quel qu'il soit, procuré au débiteur, et par suite, l'action *præscriptis verbis* serait sans fondement aucun. Il vaut mieux s'en tenir à l'*actio empti*, qui, elle, du moins, ne soulève aucune difficulté de doctrine (Labbé, *loc. cit.*, p. 569).

113. — Ainsi, au point de vue des principes, on conçoit très-bien que le créancier évincé puisse être investi à la fois de l'action de sa créance primitive et de l'*actio empti utilis*. Les textes, sainement interprétés, ne contredisent nullement cette manière de voir. Sans doute aucun d'eux n'accorde simultanément au créancier l'une et l'autre action, mais aucun d'eux non plus n'est exclusif : ceux qui maintiennent l'action primitive ne nous disent nullement que ce soit la seule voie de recours ouverte au créancier, et, à l'inverse, ceux qui accordent une action nouvelle *ex empto*, n'excluent pas expressément pour le créancier l'exercice de son ancienne action. Les seuls de nos textes qui pourraient faire difficulté sont la L. 24 pr., *De pign. act.*, et la L. 8, C. *De sent.*

Dans la loi 24, *De pign. act.*, d'Ulpien, nous lisons : *et videtur finita esse pignoris obligatio, et a contractu recessum.* Ne doit-on pas conclure de ces mots que le contrat primitif est anéanti. Je ne le crois pas. Examinons bien la suite des déductions de notre jurisconsulte. Rapprochons pour cela notre texte de la L. 22, § 4, au même titre. La L. 22 et la L. 24 sont tirées du livre 30 du Commentaire d'Ulpien sur l'Édit, et il ne paraît guère douteux que, dans cet ouvrage, le passage qui forme la L. 24 venait immédiatement après le fragment qui forme la L. 22 ; suivant un procédé qui leur est habituel, les compilateurs ont intercalé entre les deux un fragment emprunté au jurisconsulte Tryphoninus, et qui

vient compléter, sur un point particulier, la solution donnée par la L. 22, § 4.

Dans la L. 22, § 4, Ulpien prévoit l'hypothèse où le créancier gagiste, ayant vendu l'objet du gage, et ayant fait une promesse du double pour le cas d'éviction, a été poursuivi par le tiers acquéreur à raison de cette promesse, et condamné; ce créancier pourra recourir contre le débiteur par l'action *pigneratitia contraria,* pour se faire indemniser. En sera-t-il de même, se demande ensuite le jurisconsulte (L. 24 pr.), dans le cas où le créancier, ayant demandé à l'empereur et obtenu l'attribution de l'objet du gage, subit lui-même une éviction? Le créancier, alors, aura-t-il l'action *pigneratitia* contraire? Non, répond Ulpien, car le droit de gage est éteint, et le créancier a renoncé à se prévaloir du contrat. Mais de quel contrat, du contrat qui avait donné naissance à l'obligation principale, garantie par un gage? Non évidemment; il s'agit du contrat de gage lui-même, puisque c'est l'action née de ce contrat qui est refusée au créancier pour se faire indemniser. Ulpien, sans doute, accorde au créancier l'action *ex empto* utile; mais on ne peut argumenter des mots : *et a contractu recessum,* pour exclure l'action née de l'obligation primitive. Et quant à l'octroi par notre texte de l'action *ex empto* utile seule, je crois qu'on peut l'expliquer facilement. Remarquons qu'Ulpien, dans l'hypothèse spéciale qu'il prévoit, donne cette action par analogie de la dation en paiement; le créancier aura l'action *empti* utile, comme s'il avait reçu la chose en paiement. Ceci ne peut prouver qu'une chose, c'est que l'action *empti* était accordée en matière de *datio in solutum;* mais on ne saurait en conclure que ce fût la seule action ouverte au créancier évincé. Ulpien ne mentionne que celle-là, par cette raison sans doute qu'en l'espèce, c'est la plus avantageuse pour le

créancier : elle lui permet de se faire tenir compte de tout le dommage subi par suite de l'éviction... *in quantum ejus intersit.*

La L. 8, C. *De sentent.,* distingue le cas de vente du cas de dation en paiement : si tu as acheté, disent les empereurs à celui qui les consultait, tu peux exercer ton recours en garantie, par l'*actio empti;* si tu as reçu la chose à titre de dation en paiement, tu pourras te prévaloir de ton action primitive. Les deux cas paraissent bien opposés l'un à l'autre, et l'on pourrait conclure de là, par un argument *a contrario,* que l'action *empti* est refusée, quand il y a eu *datio in solutum.* — Cependant, il ne faudrait pas exagérer la portée du texte ; il n'a pas du tout pour but de trancher une question de garantie d'éviction. Une personne avait reçu une femme, que l'on croyait esclave, Théodora, à titre d'achat, ou à titre de *datio in solutum;* puis un jugement vient déclarer Théodora libre. Puis-je obtenir la rescision de cette sentence, demandait l'*accipiens?* Non, répondent les empereurs, cela n'est pas possible ; mais voici ce que tu pourrais faire... Et accessoirement, ils lui indiquent les voies de recours qu'il possède, par exemple, l'*actio empti,* s'il y a eu vente, l'action de l'obligation primitive, s'il y a eu dation en paiement; — mais, de même que la mention de l'*actio empti* pour la vente, n'exclut pas l'*actio ex stipulatû duplæ,* de même la mention de l'ancienne action, en cas de dation en paiement, n'écarte pas la possibilité de l'*actio ex empto* utile. Dioclétien et Maximien se bornent à donner une indication, un renseignement au postulant; ils n'ont pas la prétention de lui dire limitativement quels sont ses droits (Römer, p. 55).

114. — Mais le créancier, qui a ainsi deux actions à sa disposition, a-t-il simplement le droit de choisir entre elles, ou bien ne faut-il pas admettre qu'il peut en cumuler les

avantages? Les auteurs, qui ne reconnaissent au créancier que le droit de choisir, argumentent de la manière suivante : le débiteur, qui veut faire une dation en paiement, doit fournir un objet autre que l'objet dû, et *à la place* (*anstatt*) de ce dernier. Mais il n'était pas tenu de fournir à la fois l'un et l'autre. Si une éviction se produit, cela prouve bien que la chose, qui devait être fournie en paiement, ne l'a pas été, et que le débiteur n'est pas libéré; mais, après comme avant, le créancier n'a droit qu'à une seule prestation, et il serait contraire à l'intention des parties, de lui permettre de réclamer à la fois et la chose qui était primitivement due, et un équivalent de l'objet qui avait été fourni en paiement, et dont il y a eu éviction (Römer, p. 56). Ceci, d'ailleurs, est conforme à la logique; de deux choses l'une, — ou bien le créancier exerce son ancienne action, et alors c'est qu'il considère qu'il n'y a rien eu de fait, et il ne peut prétendre à une indemnité qui n'est en définitive que l'exécution par équivalent de la dation en paiement, — ou bien il agit *ex empto,* c'est-à-dire demande que l'avantage qu'il comptait retirer de la dation en paiement, lui soit procuré; mais alors, s'il obtient une condamnation, et si cet avantage lui est assuré, sa créance doit être éteinte, comme elle l'aurait été si la *datio in solutum* eût été de prime abord efficace. Enfin on argumente par analogie de ce qui se produit en matière de contrats innommés. Supposons qu'il y ait éviction de la chose fournie par l'une des parties. L'autre partie pourra répéter la prestation qu'elle a elle-même fournie par une *condictio,* ou bien réclamer une indemnité par l'action *præscriptis verbis.* Mais une fois qu'elle aura arrêté son choix sur l'une ou l'autre de ces actions, son droit sera épuisé; ayant fait valoir l'une, elle ne pourra ensuite exercer l'autre. Il doit en être de même, dit-on, pour la *datio in solutum.*

115. — Ces raisons, quoique très-fortes, ne me paraissent cependant pas décisives, et, avec la doctrine traditionnelle française, je crois qu'il faut permettre au créancier de cumuler les avantages des deux actions, jusqu'à concurrence de la plus forte condamnation à laquelle l'une ou l'autre peut aboutir. Si, par exemple, après avoir exercé son action primitive, le créancier s'aperçoit que par l'*actio ex empto* utile, il aurait obtenu davantage, à raison d'une plus-value survenue à la chose, il pourra intenter cette deuxième action dans les limites de ce qu'elle peut lui faire avoir de plus que la première [1]. Il ne s'agit donc pas, comme on paraît le croire dans l'opinion contraire, d'accorder au créancier le droit de cumuler les deux condamnations; ce serait par trop injuste, et personne n'a jamais soutenu pareille chose; en réalité, le créancier n'obtiendra jamais que le montant de la condamnation la plus élevée; seulement, pour y arriver, il pourra successivement se prévaloir de nos deux actions. Si l'on veut faire intervenir ici la logique, alors il faut aller jusqu'au bout, et refuser au créancier même le droit de choisir, car c'est tout l'un ou tout l'autre, ou bien la dette primitive est éteinte, ou bien elle subsiste encore, ou bien le créancier peut exercer son recours par telle action, ou il peut agir par telle autre : cela dépend du point de vue auquel on se place. Comme les textes accordent tantôt l'une, tantôt l'autre action, avec cette argumentation, il faudrait nécessairement aboutir à dire qu'il y avait controverse entre les jurisconsultes romains, ou tout au moins il faudrait poser un *criterium* de distinction, comme le font Cujas et Schliemann.

[1] Pratiquement, quand le créancier agira par la seconde action, le débiteur lui opposera une exception de dol; mais cette exception ne paralysera l'action que pour partie; elle restera efficace, pour tout ce qu'elle comprend de plus que l'action qui avait été exercée d'abord.

Pour nous le point de vue est tout autre. L'éviction démontre que la dation en paiement n'était qu'apparente, et n'a pas produit son effet; l'obligation ancienne subsiste donc, et le créancier pourra en réclamer l'exécution. D'un autre côté, l'éviction peut lui causer un dommage; il a fait des dépenses sur la chose; il a dû restituer au propriétaire les fruits qu'il avait perçus; il est juste qu'il lui en soit tenu compte : de là l'*actio ex empto* utile. L'admission de nos deux actions n'a donc rien de contradictoire; et du moment qu'on reconnaît qu'elles coexistent, il faut permettre au créancier de faire valoir l'une et l'autre, de manière à obtenir satisfaction complète.

116. — Cette manière de voir ne devrait être rejetée que si elle était contraire, soit à l'équité, soit aux principes de la législation romaine. Or il n'en est rien. A ce dernier point de vue, on invoque, il est vrai, l'analogie avec les contrats innommés; mais nous avons vu que les deux opérations devaient être nettement distinguées, et qu'il n'y avait aucun rapprochement à établir entre elles. On ne peut donc conclure d'une hypothèse à l'autre; la règle, en notre cas, ne sera pas la même, voilà tout. En matière de contrats innommés, le créancier est dans cette alternative, ou bien de donner effet au contrat, ou bien de revenir à l'état de choses antérieur, et de reprendre sa chose, comme si rien ne s'était passé; dans la dation en paiement, rien de tel; le dilemne alors ne se pose pas avec la même rigueur. Quelle que soit la voie de recours qu'adopte le créancier, une fois qu'il aura obtenu satisfaction, la situation des parties sera toujours la même. L'essentiel est que le créancier soit complètement indemnisé; il est donc naturel de lui laisser exercer les deux actions dans les limites de la condamnation la plus forte. Et ceci est la règle admise par le droit romain, en cas de concours de deux actions *rei persecutoriæ;* c'est notamment la

règle appliquée à la garantie en matière de vente, relativement au concours de l'*actio empti* et de l'*actio ex stipulatû duplæ* (Accarias, n° 856-1°, II, p. 1105; n° 606, p. 459, note 1). Bien loin d'être en opposition avec les principes du droit romain, notre opinion en fait au contraire l'application.

Mais, dit-on, cette opinion est contraire à l'équité. Le débiteur est absolument à la merci du créancier; toutes les chances favorables sont pour ce dernier, car, à supposer qu'il se trompe, et intente d'abord l'action la moins avantageuse, il est toujours sûr d'obtenir une indemnité complète; il eût été plus juste de laisser au débiteur, surtout s'il est de bonne foi, la chance d'une condamnation moins élevée. A cela on peut répondre qu'il y a toujours de la part du débiteur, sinon une preuve de mauvaise foi, du moins une marque de négligence impardonnable, à s'acquitter d'une dette en fournissant à son créancier une chose qui ne lui appartient pas. Dès lors, on ne saurait hésiter entre lui et le créancier, auquel on ne peut sans doute reprocher de s'être montré indulgent et d'avoir voulu faciliter au débiteur sa libération. Supposons, en effet, que le créancier ait exigé la chose même qui formait l'objet de l'obligation, comme c'était son droit; le débiteur, pour se procurer l'argent nécessaire, aurait été obligé de vendre la chose qu'il a donnée en paiement. L'éviction ne s'en serait pas moins produite, et le tiers acquéreur aurait pu cumuler contre le débiteur les avantages de l'action *ex stipulatu duplæ* et de l'action *empti;* il est tout naturel qu'il en soit de même en notre hypothèse; le créancier est aussi digne d'intérêt, que pourrait l'être un acheteur, et il ne doit pas être moins protégé que lui.

117. — Nous avons supposé, dans les explications qui précèdent, que la chose d'autrui ayant été donnée en paiement, il y avait eu éviction de cette chose, par suite de la revendi-

cation du véritable propriétaire. Mais, nos textes le prouvent surabondamment, ce n'est pas là la seule hypothèse, où on conçoive la possibilité d'un recours en garantie.

L'éviction d'abord peut résulter de ce que la chose donnée en paiement se trouve mise hors du commerce, par l'effet d'une cause antérieure, bien entendu. C'est le cas prévu par la L. 8, C. *De sentent.*, 7, 45. Théodora, que l'on croyait esclave, a été déclarée libre ; le créancier, à qui elle avait été donnée en paiement, a un recours en garantie contre son auteur (Cpr. L. 98 pr., *De solut.*).

Il y aurait encore éviction si le droit de propriété du débiteur était soumis à une condition résolutoire, qui viendrait à se réaliser (L. 98 pr., *De solut.*), ou si des droits réels existaient sur la chose au profit d'un tiers, notamment des droits de gage ou d'hypothèque (L. 98 pr., *cit.;* L. 4, C. *De evict.*, 8, 45), un droit d'usufruit, d'emphytéose ou de superficie. Dans tous ces cas, l'action *empti* utile, et l'action de l'obligation primitive devraient être accordées au créancier. Mais en ce qui concerne les servitudes prédiales, je crois qu'il faut distinguer. L'action *empti utilis,* comme l'action *empti* elle-même dont elle suit les règles, ne doit être accordée que si le fonds a été livré *uti optimus maximusque* (Accarias, 608-2°, II, p. 464). Au contraire, le créancier, qui a ignoré l'existence de la servitude qui grève le fonds au profit d'un tiers, doit être considéré comme n'ayant pas reçu la satisfaction pleine et entière sur laquelle il était en droit de compter et il faut lui reconnaître le droit d'exercer son ancienne action, en opérant la restitution du fonds.

La garantie d'éviction pourrait encore recevoir son application, s'il s'agissait d'un droit réel autre que le droit de propriété transmis à titre de paiement, par exemple un droit d'usufruit, une servitude prédiale.

Il se peut que l'éviction n'ait été que partielle ; par exemple, elle a porté sur la moitié d'un fonds donné en paiement ; ou bien elle a enlevé au créancier l'un de deux fonds reçus à la place de la chose qui lui était due (L. 46 pr., et § 1, *De solut.*, 46, 3). En pareil cas, nous dit Marcien, la dette tout entière subsiste, car le créancier n'aurait pas reçu la chose, s'il avait pu penser qu'elle ne lui serait pas acquise dans son intégralité. En outre, le texte, ainsi que nous l'avons vu, n'étant pas exclusif, le créancier pourra exercer l'action *ex empto* utile, qui lui permettra de se faire indemniser du dommage qu'il éprouve. Dans cette hypothèse d'éviction partielle, il y a donc pour le créancier un grand avantage à avoir les deux actions à sa disposition : il pourra, suivant son intérêt, soit considérer l'opération tout entière comme non avenue, et exercer son action primitive, en restituant ce qui lui reste de la chose, soit conserver la partie de la chose que l'éviction ne lui a pas enlevée, et réclamer pour le reste une indemnité.

118. — La garantie est encore due lorsque c'est une *créance* qui a été cédée à titre de paiement. Peu importe d'ailleurs la voie par laquelle cette cession s'est produite, novation[1], *procuratio in rem suam*, etc. Mais dans quels cas y a-t-il lieu à garantie, et quelle est alors l'étendue de l'obligation du débiteur qui a cédé la créance?

De droit commun, le cédant est garant de l'existence de la créance, mais non de la solvabilité du cédé; on dit qu'il est tenu, en tant qu'il s'agit de la *veritas nominis*, mais non quant à la *bonitas nominis*. *Veritas nominis*, cela n'implique

[1] Je ne m'arrête pas sur les difficultés que peut soulever la formule de stipulation novatoire employée par le créancier qui stipule du débiteur cédé. Renvoi sur ce point à Gide, *Études sur la novation*, p. 251 et suiv., surtout, p. 254, 255, note 1.

pas seulement que la créance doit exister ; cela implique aussi qu'elle ne doit pas être paralysée par une exception, qui serait opposable au cessionnaire. Les Allemands expriment ceci avec une grande précision en disant que le cédant est tenu de garantir la « possibilité de réaliser la créance en justice » (*Juristische Realisirbarkeit*), et ils opposent cela à la « possibilité de réaliser la créance en fait » (*factische Realisirbarkeit*), c'est-à-dire à la possibilité d'obtenir un paiement du débiteur cédé, s'il est solvable, possibilité que le cédant n'est pas obligé d'assurer au cessionnaire (LL. 4, 5, D. *De hered. vel act. vend.*, 18, 4. Cpr. Accarias, n° 642, 3°; II, p. 559).

119. — On ne peut guère douter que la garantie de l'existence de la créance (*nomen verum*) ne soit due en matière de dation en paiement. Le créancier alors pourra exercer son recours au moyen de l'action *ex empto* utile : l'analogie avec le cas où il s'agit de transmission de propriété ou d'un droit réel quelconque, conduit à cette solution; au contraire cette action, toujours conformément au droit commun, ne serait pas donnée pour garantir la solvabilité du débiteur (*nomen bonum*).

Mais quelle influence va avoir sur le sort de la dette primitive la cession d'une créance inexistante, ou d'une créance irréalisable, à raison de l'insolvabilité du débiteur? Cette dette ne doit-elle pas être considérée comme subsistant toujours? A cette question, il faut certainement répondre par l'affirmative, pour le cas où la créance cédée n'existe pas, ou est paralysée par une exception (ce qui est la même chose). Le créancier alors n'a pas reçu la satisfaction en vue de laquelle il avait consenti à ne pas se prévaloir de son droit, et s'il a été de bonne foi, c'est-à-dire s'il a ignoré le vice dont la créance cédée était atteinte[1], il est juste de

[1] Si le créancier a connu l'inexistence de la créance, il faut admettre

lui reconnaître le droit d'exercer son ancienne action (Römer, p. 104)[1]. — Mais la question est plus délicate relativement à la solvabilité du débiteur cédé. Schliemann (*loc. cit.*, p. 59) admet que, si ce dernier est insolvable, la dette primitive subsiste du moins dans l'une des deux espèces de *dationes in solutum* que reconnaît cet auteur, celle où le débiteur *a le droit* de se libérer en fournissant une chose autre que la chose due. Alors, le créancier doit subir la dation en paiement; il est naturel que la convention soit interprétée dans un sens favorable pour lui. D'un autre côté, on peut invoquer le motif très-général donné par Marcien, dans la loi 46 pr., *De solut.*, et dire que le créancier n'aurait pas accepté la cession, s'il avait connu l'insolvabilité du débiteur cédé. — Pour nous la dation en paiement est une et présente, dans tous les cas, les mêmes caractères, ceux d'un paiement (à supposer que les parties ne se soient pas prononcées dans un sens différent), et nous ne saurions lui appliquer la solution que donne Schliemann pour un cas particulier. Le motif invoqué par cet auteur est, en effet, trop large, et il serait valablement présenté pour toutes les hypo-

que l'obligation est éteinte, mais, comme nous l'avons reconnu plus haut, ce sera en vertu d'une remise implicite, et non à raison d'une dation en paiement qui n'a été qu'apparente (V. n° 98 *suprà*, à la note).

[1] La L. 14, *ad. St. Velleian.*, 16; 1, nous fournit une application de ceci. Un créancier a libéré son débiteur en recevant à sa place l'engagement d'une femme; cet engagement est nul, comme contraire au Velléien; mais le créancier doit être replacé dans la situation où il était avant l'intervention de la femme, c'est-à-dire qu'il recouvre sa créance primitive. — Ce texte, qui est de Julien, semble, d'après ses termes, exiger que le créancier obtienne une *restitutio in integrum*, pour pouvoir se prévaloir de son droit originaire. L'intervention du magistrat fut peut être en effet requise à l'origine; mais à l'époque d'Ulpien et de Marcien (L. 26, § 4, *De cond. ind.*, 12, 6; L. 46 pr., *De solut.*, 46, 3), la solution est que la dette primitive est considérée comme n'ayant jamais été éteinte.

thèses de cession de créance à titre onéreux : il est toujours vrai de dire que le cessionnaire n'eût pas accepté la créance cédée, s'il eût pensé qu'elle pût se trouver inefficace à raison de l'insolvabilité du débiteur. Ce motif ne suffit donc pas à justifier une solution exceptionnelle en notre matière. L'insolvabilité du débiteur est une chance de perte, qui pèse sur tous les créanciers, quelque faveur qu'ils méritent. Si le cédé n'était déjà plus solvable au moment de la cession le créancier cessionnaire est en faute de l'avoir accepté comme débiteur, à la légère, sans avoir pris de renseignements; et si l'insolvabilité est survenue depuis, pourquoi donc n'a-t-il pas su assurer la conservation de son droit? Alors même qu'il n'aurait rien à se reprocher à cet égard, il ne pourrait toujours pas se retourner contre son débiteur primitif; il est victime d'un cas fortuit, voilà tout. (En ce sens, Römer, p. 126). Il faut d'ailleurs réserver le cas de dol du débiteur cédant : le créancier alors pourrait agir par l'action *De dolo* (Renvoi à la sect. 4 du chap. II).

120. — Dans la vente, il n'y a pas seulement lieu à la garantie d'éviction ; le vendeur est en outre tenu de garantir l'acheteur à raison des défauts ou vices cachés de la chose vendue. Pour permettre à l'acheteur de se faire indemniser, le droit civil lui accordait l'action *ex empto,* en cas de déclarations inexactes émanées du vendeur ; mais il était protégé surtout par les édiles curules, qui avaient établi en sa faveur deux actions, l'action *quanti minoris,* lui permettant de demander une diminution du prix, l'*actio redhibitoria,* par laquelle il pouvait faire résoudre la vente. Ces actions furent plus tard étendues à l'échange (L. 19, § 5, *De ædil. edict.,* 21, 1), et la question se pose de savoir si elles doivent être accordées au créancier, relativement aux vices cachés de la chose donnée en paiement.

L'affirmative ne fait pas de doute pour les auteurs qui voient dans la *datio in solutum*, soit une vente, soit un échange. Mais pour nous, qui attribuons un autre caractère à cette opération, la question est très-discutable. Beaucoup d'auteurs, qui admettent cependant notre manière de voir, étendent les actions édilitiennes à la dation en paiement (Römer, p. 114 et les autorités qu'il cite, Wangerow, § 583, III, p. 171). Pour moi, je crois avec M. Maynz (§ 213, *Obs.* II, t. II, p. 233) qu'il s'agit ici de dispositions exceptionnelles qui ne sauraient être étendues ; les termes employés par Ulpien, dans la L. 63, *De ædil. ed.*, 21, 1, me paraissent décisifs : *sciendum est ad venditiones solas, hoc edictum pertinere...;* plus tard, les règles de l'édit furent appliquées à l'échange; mais le droit romain s'en tint là, et nous ne devons pas, en l'absence de tout texte, aller plus loin.

On a soutenu aussi, dans notre système, que le créancier pourrait se faire indemniser par une action *empti* utile, comme il le peut en cas d'éviction (De Ségogne, *Th.*, p. 76). Mais nous n'avons aucun texte qui justifie l'application de cette action, et en outre, il serait singulier de donner au créancier une action que l'acheteur n'aurait pas en matière de vente. Le créancier ne pourrait avoir l'*actio empti* utile, que dans le cas où l'action directe est accordée à l'acheteur, c'est-à-dire dans le cas d'une déclaration mensongère émanée du débiteur.

Pour moi, c'est au moyen de son action originaire, que le créancier pourra exercer son recours; on peut dire, en effet, qu'il n'a pas reçu la satisfaction sur laquelle il comptait, qu'il n'est pas mis à même de retirer de la chose toute l'utilité qu'il la croyait susceptible de lui procurer. Sa créance primitive subsiste donc, à moins que le débiteur ne l'indemnise de la dépréciation que la découverte du vice

fait subir à la chose. Telle est la solution que donne, dans une hypothèse analogue, la L. 46, § 2, *De solution.*, 46, 3, que nous avons déjà eu à expliquer. Quand la chose est atteinte d'un vice, on lui attribue une valeur qu'elle n'a pas en réalité (*pluris æstimatum fundum*); le débiteur n'est pas libéré, s'il ne paie la différence entre la valeur réelle et cette valeur apparente : *Non liberatur, nisi id, quod deest, repleatur.*

Peu importe à cet égard qu'il y ait ou non un dol à reprocher au débiteur; dans tous les cas le créancier pourra exercer son ancienne action[1]; il aura, en outre, l'*actio ex empto* utile, dans le cas où il y aura eu une fausse déclaration du débiteur. Le concours de ces deux actions sera alors réglé de la même manière que dans le cas d'éviction.

SECTION II.

Effets de la dation en paiement à l'égard des tiers.

121. — La dation en paiement, comme le paiement lui-même, éteint la dette d'une manière absolue, par conséquent avec tous ses accessoires, privilèges, droits de gage et d'hypothèque, et à l'égard de tous ceux qui à un titre quelconque avaient intérêt à l'acquittement de la dette, débiteurs ou créanciers corréaux, cautions, etc. En ce sens, on dit que la dation en paiement produit ses effets *in rem*. Cette solution résulte d'abord du *principium* aux Institutes, III, 29, où la dation en paiement est assimilée, quant à ses effets, au paiement proprement dit, et aussi de la L. 43, D. *De solut.*, 46, 3, dans laquelle Ulpien s'exprime de la manière suivante :

[1] Je me borne à renvoyer à ce que j'ai dit en expliquant la L. 46, § 2, *De solut.*

In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur : puta adpromissores, hypothecæ, pignora... (*Adde*, L. 6, D. *Quid. mod. pign.*, 20, 6).

La solution que donne Ulpien pour les *adpromissores*, doit être étendue à toutes les personnes qui garantissent le paiement de la dette d'autrui, sous réserve des modifications résultant de la nature même de l'obligation dont elles sont tenues. Il faudrait faire l'application du principe aux cas de *mandatum credendæ pecuniæ, de fidejussio indemnitatis, de constitutum debiti alieni*, et il n'y a pour cela qu'à s'en référer aux règles du droit commun, et à ce qui est décidé pour le paiement proprement dit.

En ce qui concerne le cas de corréalité, nous ne pouvons invoquer aucun texte; néanmoins, il est certain que la dation en paiement, faite par un de plusieurs débiteurs corréaux ou à l'un des créanciers corréaux par le débiteur, produit effet à l'égard de tous. Ce principe ne saurait faire de doute, d'abord, pour le cas de corréalité passive. Le droit du créancier, c'était de recevoir la chose due, et il n'avait le droit de la recevoir qu'une fois; du moment qu'il a accepté à la place une chose qu'il juge équivalente, il doit être considéré comme ayant reçu satisfaction, et tous les *correi promittendi* sont libérés. Mais des doutes pourraient s'élever relativement à une dation en paiement reçue par l'un des *correi stipulandi*. Chacun d'eux, pourrait-on dire, a sans doute le droit de recevoir seul le paiement; mais comment admettre qu'il puisse libérer le débiteur à l'égard des autres en recevant une chose autre que la chose due? N'a-t-il pas ainsi excédé son droit? Peut-être les autres *correi stipulandi* ont ils compté sur la chose qui formait l'objet de l'obligation, et dès lors n'est-il pas injuste de considérer leur droit comme éteint, par suite d'un expédient auquel ils n'eussent pas consenti? Cette

manière de raisonner, qui serait exacte dans notre droit moderne (Arg. art. 1198, Civ.), ne saurait être admise en droit romain. D'après la législation romaine, chacun des *correi stipulandi* a autant de droits que s'il était seul créancier. Ce principe est impliqué par des solutions nombreuses; par exemple, l'un des créanciers corréaux peut éteindre le droit des autres par le serment, par le pacte de constitut, par une novation (suivant l'opinion qui paraît avoir prévalu), et même par *acceptilatio*. S'il peut faire disparaître ainsi la créance, sans recevoir aucun équivalent, *a fortiori* le pourrait-il, en recevant une chose, différente sans doute de la chose due, mais d'une valeur sensiblement égale (Cpr. Demangeat, *Obl. solidaires*, p. 20; Accarias, n° 550-3°, II, p. 324).

122. — Entre ces différentes personnes, fidéjusseurs ou autres cautions, créanciers solidaires, débiteurs solidaires, des questions de recours peuvent s'élever. Il n'y a sur ce point qu'à s'en référer aux règles admises pour le cas où la dette a été éteinte par un paiement ordinaire.

Un recours serait aussi possible dans l'hypothèse que nous avons indiquée précédemment où c'est un tiers qui a fait une dation en paiement en l'acquit du débiteur. Ici encore nous n'avons rien de particulier à dire, et nous nous bornons à renvoyer aux principes posés pour le paiement. C'est ainsi, par exemple, que nous reconnaîtrions au tiers qui a fait une *datio in solutum*, la possibilité de se faire céder les droits et actions du créancier, afin de pouvoir se faire indemniser plus facilement. Du moment que le créancier accepte la dation en paiement, il n'y a pas à craindre qu'il refuse de faire au *tradens* la cession de ses droits (V. Accarias, n° 690-4°, II, p. 692; Molitor, *Oblig.*, n° 971, II, p. 408, 409).

123. — Revenons à la dation en paiement accomplie par le débiteur lui-même. Elle peut avoir effet à l'égard de per-

sonnes autres que celles dont nous avons parlé jusqu'ici. Je fais allusion aux créanciers du débiteur, dont elle diminue le gage, en faisant sortir une valeur du patrimoine de ce dernier. En principe, les créanciers ne pourront pas se plaindre, bien que leur gage soit atteint; le débiteur reste maître de disposer de ses biens, comme il l'entend, et les actes par lui faits sont opposables à ses créanciers. Mais ceci n'est vrai qu'autant que l'acte a été accompli de bonne foi; s'il y a fraude de la part du débiteur, et de la part des personnes avec qui il a traité (je suppose un acte à titre onéreux), alors les créanciers pourront faire tomber cet acte au moyen de l'action paulienne. La question se pose de savoir si la *datio in solutum* peut tomber sous le coup de cette action, à supposer bien entendu que les conditions requises pour son exercice se trouvent réunies. Si nous avions admis que la dation en paiement constitue un contrat synallagmatique, vente, échange, etc., il est évident que nous répondrions affirmativement. Mais pour nous, cette opération est une espèce particulière de paiement, et précisément, d'après le droit romain, le paiement même frauduleusement accompli, ne pouvait jamais donner lieu à l'action paulienne (L. 6, § 6, *Quæ in fraud. cred.*, 42, 8; L. 129, *De reg. jur.*, 50, 17), d'où nous devrions conclure, semble-t-il, que cette action doit être écartée en matière de *datio in solutum*.

Je ne crois pas cependant que cette solution puisse être admise. Le droit commun, c'est que toute aliénation, toute diminution du patrimoine, accomplie en fraude des créanciers, tombe sous le coup de l'action paulienne; une exception est faite pour le paiement, parce qu'alors on ne conçoit pas de fraude possible, ni de la part du débiteur, qui est obligé de payer, ni de la part du créancier, qui reçoit ce qui lui est dû, qui reçoit ce qui est à lui : *Nihil dolo creditor facit*,

qui suum recipit, dit Paul. Or ce motif nous ne pouvons l'appliquer à la dation en paiement ; on ne peut pas dire du créancier, alors, qu'il reçoit le sien (*suum*). Et on comprend que des fraudes soient possibles au détriment des autres créanciers, si, par exemple, la chose donnée en paiement est d'une valeur supérieure au montant de la dette. Dès lors que l'on est en dehors du motif sur lequel est fondée l'exception, il faut revenir à la règle et admettre la possibilité de l'action paulienne en notre matière. La L. 10, § 13, *Quæ in fraud.* nous dit que la constitution de gage, faite en vue de garantir une dette ancienne, est passible de notre action. Par analogie, nous devons penser qu'il en est de même pour la dation en paiement. Enfin la L. 25, § 3 au même titre, qui accorde l'action paulienne, ne peut être expliquée, qu'autant qu'on la réfère à une hypothèse de dation en paiement ; si elle visait un paiement véritable, elle serait en contradiction avec les textes que nous avons cités plus haut (En ce sens, Römer, p. 149 et suiv.; de Ségogne, *Th.,* p. 80, 81).

APPENDICE.

I. Cas dans lesquels le créancier est obligé de recevoir autre chose que ce qui est dû.

124. — Nous avons posé en principe que la dation en paiement impliquait l'accord des volontés des parties, et nous avons dit, avec les textes, qu'elle nécessitait surtout le consentement du créancier. Mais ce principe n'est pas sans exceptions, et il arrive parfois que le débiteur a la faculté de s'acquitter envers son créancier, en lui fournissant une chose autre que la chose due, sans avoir besoin de son consentement. Quand ceci se produit, il y a véritablement dation en paiement, et sauf les règles qui découlent de la nécessité du consentement du créancier, il faudra appliquer les principes de la dation en paiement, de même qu'à l'inverse, on peut faire à notre matière l'application de règles posées pour les hypothèses où le créancier peut être contraint à recevoir une chose autre que celle qui est due.

Sans vouloir faire une énumération complète, je vais indiquer les principaux cas où la dation en paiement peut ainsi être imposée au créancier.

125. — 1° D'abord, il se peut que le débiteur ait le droit de se libérer en fournissant la valeur en argent (*æstimatio*) de la chose qui formait l'objet de la dette. Cette situation se présente en matière de legs. Le legs de la chose d'autrui est

valable (pourvu, dans le droit de Justinien, que le testateur ait su que la chose léguée appartenait bien à autrui). L'héritier doit se procurer la chose et la transmettre au légataire. Mais si le propriétaire refuse de s'en défaire, ou s'il en demande un prix exagéré, alors l'héritier se libérera en remettant au légataire la valeur estimative de la chose léguée (§ 4, Inst., *De leg.*, II, 20; Accarias, n° 388, I, p. 986). De même encore, il se peut qu'une même chose soit léguée à deux personnes, de telle sorte que chacune ait droit à la prestation de toute la chose : c'est, par exemple, le cas des legs *per damnationem* faits *disjunctim* (Accarias, n° 393, I, p. 1005). Alors les deux légataires viendront simultanément, et obtiendront l'un la chose elle-même, l'autre son estimation (L. 33, *De leg.*, 1°, 30; Römer, p. 159).

126. — 2° Nous signalerons ensuite la *facultas solutionis*, non pas la *facultas solutionis* convenue entre les parties, et dont nous avons déjà parlé plus haut (*suprà*, n° 36), mais une *facultas solutionis*, qu'on peut qualifier de *légale*, et résultant soit des dispositions de la loi, soit des principes généraux du droit. J'indiquerai seulement deux cas, dont l'un d'ailleurs nous est déjà connu[1].

a) Le vendeur d'un immeuble est lésé d'outre moitié. Une constitution de Dioclétien, que nous avons déjà signalée, lui permet de demander la rescision de la vente (L. 2, C. *De resc. vend.*, 4, 44). Mais l'acheteur pourrait conserver la chose vendue, en payant le supplément de juste prix. Le droit du vendeur, c'est d'obtenir la restitution de la chose; l'acheteur peut lui imposer autre chose : c'est une dation en paiement forcée.

b) Un maître est condamné, à raison d'un délit commis par son esclave, à réparer le dommage causé. Débiteur désormais

[1] Pour deux autres cas, V. L. 1, 6, § 3, D. *De pign. et hyp.*, 20, 1; L. 15, § 2, D. *De verb. obl.*, 45, 1, et Accarias, 541-2°, p. 305.

du montant de la condamnation, le maître pourra se libérer en abandonnant l'esclave au demandeur : c'est l'abandon noxal. La victime du délit reçoit ainsi une satisfaction certainement insuffisante, car si la valeur de l'esclave était supérieure au montant de l'indemnité, le maître ne l'abandonnerait évidemment pas. Aussi le créancier doit-il au moins obtenir le maximum des droits que le *dominus* a ou pourrait avoir sur l'esclave; il doit notamment en être rendu propriétaire, et si ce résultat n'est pas produit, alors il peut recourir à l'*actio judicati* pour l'exécution de la sentence de condamnation (L. 69, D. *De solut.*, 46, 3). Il résulte de ce texte que quand le demandeur n'est pas rendu propriétaire, l'abandon noxal ne libère pas le débiteur, et que l'obligation née de la sentence subsiste toujours.

127. — 3° En dehors de ces cas, il nous faut signaler en droit romain des mesures législatives prises à diverses époques pour faciliter aux débiteurs embarrassés leur libération.

Un premier exemple de ceci nous est fourni par Tite-Live (VII, 21). Sous le consulat de Valérius Publicola et de Marcius Rutilius, on permit aux débiteurs de s'acquitter envers leurs créanciers, en cédant à ceux-ci des biens estimés à leur juste valeur.

César, pendant les guerres civiles, voyant que tous les citoyens de l'Italie étaient gênés, et que les dettes n'étaient pas payées, nomma des arbitres pour faire l'estimation des fonds et des objets appartenant aux débiteurs, d'après la valeur qu'ils avaient avant la guerre, et permit aux débiteurs de transmettre à leurs créanciers ces choses ainsi estimées, à titre de paiement [1].

[1] César, *De bello civili*, III, 1; Cicéron, dans ses *Lettres*, fait de fréquentes allusions à ces *æstimationes* (V. *Litt. ad Attic.*, XII, 25; XIII, 33. *Ad famil.*, IX, 16, 18, etc.).

Mais ce ne furent là que des mesures transitoires inspirées par l'intérêt du moment, et qui disparurent avec les causes qui les avaient amenées.

128. — Justinien, à son tour, vint accorder aux débiteurs une faculté de libération, connue sous le nom de *Beneficium dationis in solutum* (Novelle IV, ch. 3). Il décida qu'un débiteur de somme d'argent pourrait s'acquitter en cédant au créancier des immeubles lui appartenant, d'après la valeur fixée par une estimation judiciaire.

Nous n'entrerons pas dans le détail des dispositions de la Novelle[1] ; nous nous bornerons à dire qu'à notre avis, elle constituait une innovation fâcheuse. Justinien cherche à la justifier par deux motifs : les débiteurs malheureux doivent être traités avec bienveillance (*clementer*); et, en outre, si l'on n'eût pas accordé aux débiteurs cette ressource, le résultat n'aurait pas été changé, car ils auraient dû recourir à la cession de biens.

Ce sont là, en réalité, de pauvres raisons. Les créanciers aussi sont dignes de faveur, et leur intérêt mérite aussi bien que l'intérêt des débiteurs d'être sauvegardé. Si le débiteur n'a pas d'argent, qu'il vende ses immeubles, et qu'il ne rejette pas sur le créancier la charge de chercher un acquéreur (comme le voudrait Justinien[2]), ou les ennuis de la vente. Mais, dit-on, il est à craindre qu'il ne vende à vil prix et ne se trouve en perte. Le même danger n'existe-t-il pas pour le créancier? Son droit c'est de recevoir de l'argent ; pourquoi le contraindre à se contenter d'un immeuble, qui ne lui procurera pas la même utilité, et dont il ne trouvera peut-être à se défaire que difficilement? Et c'est à tort que

[1] Renvoi sur ce point à l'ouvrage de Römer, p. 162 et suiv.

[2] *Si itaque creditor paratus est præparare quemdam emptorem*, etc. (Nov. 4, ch. 3, princ., *in fine*).

Justinien prétend que le créancier n'a pas grand'chose à perdre à son innovation, puisque le débiteur aurait toujours la possibilité de recourir à la cession de biens. Le débiteur ne se résoudra à la cession de biens, c'est-à-dire à l'abandon de son patrimoine entier, qu'en désespoir de cause, et après avoir usé de tous les moyens pour se tirer d'embarras; au contraire, il sera d'autant plus tenté de recourir à l'expédient qui lui est offert par la Novelle, qu'il n'aura à céder qu'une partie de ses biens, et qu'il échappera aux ennuis et aux difficultés d'une réalisation d'espèces. En somme, les motifs qu'invoque Justinien ne sont que des trompe l'œil. La vraie raison, qu'il se garde bien d'indiquer, c'est l'état économique de l'empire romain à cette époque. Les guerres incessantes, les invasions des barbares, les exactions du fisc impérial, ont amené partout la ruine et la désolation. Les terres, faute de bras, ne sont plus cultivées; l'argent est rare, et on a grand'peine à s'en procurer. De là la décision de Justinien, qu'une telle situation peut expliquer, sans cependant parvenir à la justifier.

Aussi la disposition de la Novelle ne fut-elle pas admise par notre ancien droit, ainsi que le constate Pothier, au n° 530 de son *Traité des obligations*[1]. Et il est certain qu'elle ne doit pas être suivie aujourd'hui non plus : cela a été dit formellement dans les travaux préparatoires du Code civil (Locré, t. XII, p. 366, n° 21; p. 465, n° 14).

II. Cas où la dation en paiement est prohibée.

129. — Il est une hypothèse où la dation en paiement est interdite aux parties, c'est dans le cas de *lex commissoria*

[1] « Nous n'observons pas la Nov. 4, ch. 3, » dit-il. — « Cette disposition « du droit romain n'est pas reçue en France, » dit le *Répertoire* de Guyot, v° *Paiement*, t. XIII, p. 17.

en matière de gage. Le débiteur remet un gage à son créancier, et tous les deux conviennent que, faute de paiement à l'échéance, la chose engagée appartiendra au créancier gagiste : une constitution de Constantin vint déclarer que cette clause, qualifiée de *lex commissoria,* était interdite, et que si elle avait été insérée dans l'acte constitutif du gage, elle serait nulle (L. 3, C. *De pact. pign.,* 8, 35).

Le motif de cette prohibition est tout de faveur pour le débiteur; on veut le mettre en garde, comme le dit Constantin lui-même, contre les *captiones* et l'*asperitas legis commissariæ.* Généralement, en effet, la valeur de l'objet mis en gage dépasse sensiblement le montant de la dette garantie. Il est à craindre que, profitant de l'embarras où se trouve le débiteur, le créancier ne lui impose cette clause, pour réaliser un bénéfice certain. Un emprunteur, pressé par les nécessités du moment ou aveuglé peut-être sur l'importance des ressources qu'il pourra se procurer plus tard pour s'acquitter, se laissera facilement entraîner à consentir aux exigences du prêteur. Il faut éviter ce résultat qui serait désastreux pour le débiteur.

130. — Quelle est l'étendue de la prohibition qui nous occupe? Elle s'applique certainement à la *lex commissoria* concomitante à la mise en gage[1]. Mais que décider pour les conventions intervenues ultérieurement. Il n'est pas douteux, d'abord, qu'après l'échéance de la dette, le débiteur pourrait remettre en paiement au créancier l'objet du gage, ou bien lui en passer vente, en compensant le prix avec le mon-

[1] Cependant, les parties pourraient convenir que le créancier, en cas de non paiement, deviendra propriétaire de la chose engagée, moyennant une estimation de cette chose faite au moment de l'échéance. En ce cas, en effet, les dangers signalés ne sont plus à craindre (L. 16, § 9, *De pignor.,* 20, 1). Maynz, § 161, t. I, p. 898.

tant de la dette (L. 1, C. *Si antiq.*, 8, 20; L. 13, C. *De pignor.*, 8, 14; L. 44, *De solut.*, 46, 3; § 9, *Fragm. Vat.*; L. 34, L. 20, § 3, *De pign. act.*, 13, 7).

La difficulté est plus grande quand il s'agit d'une convention intervenue dans l'intervalle qui s'écoule entre le moment du contrat et le moment de l'échéance. Les uns admettent alors la validité de la *lex commissoria* (Bartole, sur la L. 45, *De solut.*, 46, 3); les autres disent qu'il faut appliquer la constitution de Constantin (De Ségogne, *Th.*, p. 35). En l'absence de tout texte, il est difficile de donner une solution. La même question se pose d'ailleurs dans la législation française, où nous la retrouverons et l'examinerons en détail.

DROIT FRANÇAIS.

CHAPITRE PREMIER.

NATURE JURIDIQUE DE LA DATION EN PAIEMENT.

1. — Dans notre ancien droit, les auteurs ne se préoccupèrent pas plus d'élaborer une théorie générale de la dation en paiement que ne l'avaient fait les jurisconsultes romains. A l'exemple de ces derniers, ils se bornèrent à donner des solutions particulières, qu'ils justifiaient ordinairement, il est vrai, en rapprochant la dation en paiement de la vente; mais ils se contentaient d'affirmer l'analogie entre ces deux actes juridiques, sans aller au fond des choses, et ils s'appuyaient sur l'autorité de différents textes de la compilation de Justinien, notamment sur la L. 4, C. *De eviction.*, 8, 45, textes qui, nous le savons, ne sont rien moins que probants. C'est seulement dans Pothier que nous trouvons une tentative de généralisation (*Tr. de la Vente*, n^os^ 601-607), et encore, ce jurisconsulte se borne-t-il à signaler les analogies et les différences que la dation en paiement présente avec la vente, sans se préoccuper d'en préciser la nature, d'en déterminer exactement les conditions et les effets.

2. — Voyons d'abord quelles étaient les solutions diverses admises par l'ancienne doctrine, relativement à la dation en paiement.

1° Le profit de quint ou les droits de lods et ventes étaient dus quand un fief ou une censive était donnée en paiement d'une dette de somme d'argent. Cette solution admise déjà par Dumoulin, dans son *Commentaire sur l'ancienne coutume de Paris*, était consacrée par l'article 403 de la coutume du Bourbonnais en ces termes : « Lods et ventes sont dus « pour héritages et rentes baillés en paiement de deniers soit « dotaux ou autres[1]. »

2° La dation en paiement donnait lieu à l'exercice du retrait féodal ou du retrait lignager. « Héritage propre baillé « en paiement de dette est sujet à retrait, » dit l'article 397 de la coutume d'Orléans. Il n'en était ainsi, d'ailleurs, qu'autant que l'objet de la dette primitive était une somme d'argent ou quelque chose de mobilier; si un héritage était donné en paiement d'un autre héritage, l'opération tenait plutôt de l'échange que de la vente, et ne donnait pas lieu à l'exercice du retrait[2].

3° Quand le créancier était évincé de la chose qu'il avait reçue en paiement, il pouvait, indépendamment de son action primitive, qui subsistait toujours, agir par l'action *ex empto*, souvent plus favorable que l'action originaire (Pothier, *Vente*, n° 605).

A ces trois points de vue, on appliquait à la dation en paiement les solutions données en matière de vente, et l'on disait volontiers qu'elle constituait un « acte équipollent à « vente » (Pothier, *loc. cit.;* Ferrière, sur l'art. 23, C. Paris).

[1] Dumoulin s'exprime ainsi : *Si heres unum ex fundis propriis defuncti det viduæ in solutum, nemo dubitat tanquam ex venditione jura dominicalia deberi* (sur l'art. 55, anc. C. Paris). V. Pothier, *Tr. des Fiefs*, 1re p., ch. V, sect. I, art. 2, § 1-1°; Ferrière, sur l'art. 23, C. Paris; Guyot, *Répertoire*, v° *Lods et ventes*, § 10.

[2] Pothier, *Tr. des Fiefs*, 2e p., ch. II, sect. I, § 2; *Tr. des Retraits*, nos 81 à 84; Guyot, *Répert.*, v° *Retrait lignager*, sect. III, § 5 (article de Merlin).

4° Mais sur un quatrième point, il y avait controverse, et on ne s'en référait pas à l'analogie avec la vente. La dation en paiement, qui opère *in rem,* a certainement pour effet de libérer les cautions. Supposons qu'il se produise une éviction de la chose donnée en paiement. La dette qui pèse sur les cautions doit-elle être alors considérée comme subsistant toujours, ou bien leur libération a-t-elle été définitive? Renusson soutenait que les cautions, en ce cas, restaient tenues, puisque la dette principale n'était pas éteinte. La majorité des auteurs, au contraire, et particulièrement Pothier et Basnage, admettaient la libération des cautions[1]. — Or le premier de ces systèmes est incompatible avec l'idée de vente. Si l'on voit, en effet, dans la dation en paiement, une vente suivie de compensation, il faut dire que la dette primitive est totalement éteinte par la compensation, et qu'en cas d'éviction de la chose fournie en paiement, le créancier évincé a une action tout à fait nouvelle en garantie, à laquelle les cautions ne peuvent évidemment être considérées comme ayant accédé. Le fait seul que cette opinion ait pu se produire prouve bien que nos anciens auteurs, en assimilant à certains égards la dation en paiement à la vente, n'avaient pas entendu assigner à cette opération sa nature véritable.

La théorie admise par Pothier est, il est vrai, compatible avec l'idée de vente; mais Pothier, pour justifier sa solution, se plaçait à un tout autre point de vue. S'il déclarait les cautions libérées au cas d'éviction de la chose donnée en paiement, c'est en se fondant uniquement sur des motifs d'équité et sur la règle *nemo ex alterius facto prægravari debet.* « La caution, dit-il, ne doit pas souffrir de l'arrange-« ment qui est intervenu entre le créancier et le débiteur

[1] Renusson, *De la subrogation,* ch. V, n°s 21 et suiv.; Pothier, *Obligations,* n° 406; Basnage, *Hypothèques,* partie 2, ch. 7.

« principal. Or si, dans cette espèce, le créancier était reçu « à agir contre la caution, elle aurait souffert préjudice de « l'arrangement par lequel le créancier a pris en paiement « cet héritage, le créancier par cet arrangement ayant ôté le « moyen à la caution de pouvoir, en payant le créancier pen- « dant que le débiteur était solvable, répéter de ce débiteur « la somme pour laquelle elle avait répondu. »

3. — Ceci nous montre bien que l'idée de vente, pour Pothier, n'avait rien d'absolu, et s'il en fallait une nouvelle preuve, nous la trouverions au n° 601 du *Traité de la vente*, du même jurisconsulte, où nous lisons ce qui suit : « Néan- « moins, la dation en paiement n'est pas tout à fait un con- « trat de vente, et ce n'est pas la même chose qu'un débiteur « convienne avec son créancier qu'il lui vend une certaine « chose pour la somme de tant, qui viendra en compensation « de celle qu'il lui doit, ou qu'il soit dit que le débiteur donne « à son créancier une telle chose en paiement d'une telle « somme qu'il lui doit. » Et Pothier indique en effet trois différences essentielles entre le contrat de vente et la *datio in solutum*.

1° La vente est un contrat consensuel, qui est parfait par le seul consentement des parties, indépendamment de toute exécution. La dation en paiement se forme *re;* elle exige la remise effective de la chose au créancier.

2° Supposons que la dette que les parties ont voulu éteindre n'existait pas. S'il y avait vente véritable, il faudrait dire : la vente qui a été passée ne doit subir aucune atteinte à raison de ce fait; elle est efficace par elle-même, et indépendamment des relations antérieures des parties; elle subsiste donc, et le créancier conserve la chose qui lui a été vendue. Ce qui est anéanti, c'est la compensation entre le montant de la dette et le prix, et, comme le dit Pothier, « je puis seule-

« ment répéter de vous le prix que j'ai, par erreur, compensé « avec une somme que je ne vous devais pas. » Dans la dation en paiement, ce n'est pas ainsi que les choses se passent; j'aurai le droit, moi débiteur, de répéter la chose même que j'ai donnée, car je l'ai payée indûment; mon action, ce n'est pas l'action *ex vendito, ad pretium consequendum*, c'est la *condictio indebiti per errorem soluti*, laquelle tend à la répétition de la chose même qui a été payée.

3° Enfin, celui qui vend une chose de bonne foi n'est pas tenu de rendre l'acheteur propriétaire, et l'acheteur, de son côté, tant qu'il n'est pas troublé dans la possession de la chose, ne peut élever aucune réclamation à l'encontre de son vendeur. La dation en paiement, au contraire, n'est valable qu'autant que le débiteur rend le créancier propriétaire, et si ce dernier vient à découvrir que la propriété n'appartenait pas au débiteur, il pourra, bien que n'ayant pas encore été troublé dans sa possession, agir contre le débiteur par son action primitive, en offrant de lui restituer la chose qu'il en a reçue.

4. — A la vérité, la troisième des différences que signale Pothier n'existe plus aujourd'hui; dans notre droit actuel, le vendeur doit rendre l'acheteur propriétaire, et la vente de la chose d'autrui étant nulle (Civ., 1599), l'acheteur peut recourir contre son vendeur, avant d'avoir éprouvé aucun trouble dans sa possession, dès le moment où il vient à découvrir qu'il n'a pas été rendu propriétaire. Mais s'il en est ainsi, c'est à raison d'un changement qui s'est opéré dans les principes du contrat de vente : le rapprochement est tout accidentel. Et d'ailleurs, je crois que les deux premières différences indiquées subsistent toujours.

Quant à la seconde, cela ne fait pas de doute, et il est reconnu, même par les auteurs qui assimilent encore la

dation en paiement à la vente, que le prétendu débiteur qui a fait une dation en paiement indue, pourra répéter la chose donnée.

Reste la première différence. Pour soutenir qu'elle n'existe plus, on dit que notre droit actuel n'admet pas les contrats *re,* comme le faisaient le droit romain et l'ancien droit; aujourd'hui, tous les contrats sont consensuels; le seul consentement suffit pour que la dation en paiement, comme la vente, soit parfaite, indépendamment de la tradition de la chose promise. Mais, nous le verrons, il est bien difficile de considérer la dation en paiement comme un contrat, au sens technique et précis du mot. Pothier, dans les nos 601 et suivants du *Traité de la vente,* prend bien soin de ne lui donner d'autre qualification que celle d'*acte,* alors qu'il dit toujours : *contrat de vente.* On peut donc dire que la règle nouvelle n'a rien à voir en notre matière, puisqu'il ne s'agit nullement d'un contrat, et c'est en effet la conclusion à laquelle nous aboutirons, en étudiant particulièrement cette question (*infrà,* n° 18). La dation en paiement a pour but, non pas la création d'obligations nouvelles, comme le contrat, mais l'extinction d'une obligation existante. C'est un mode d'extinction des obligations, et il paraît tout naturel de la rapprocher du paiement. Or le paiement s'opère *re,* par l'accomplissement de la prestation due; la dation en paiement doit donc s'opérer aussi *re,* par l'accomplissement de la prestation qui remplace la prestation due, et il est toujours vrai de dire, avec Pothier, que la dation en paiement « ne se fait que par la tradition. »

Ainsi, et en résumé, l'idée générale sur laquelle s'appuyaient nos anciens auteurs pour expliquer les effets de la dation en paiement, était, même à leurs propres yeux, impuissante à en rendre compte d'une manière complète; ils

devaient signaler des différences importantes entre la dation en paiement et la vente. Deux de ces différences subsistent encore aujourd'hui (et nous verrons que ce ne sont pas les seules). Cela ne prouve-t-il pas que nous devons nous inspirer d'autres principes et chercher ailleurs le fondement de l'institution qui fait l'objet de cette étude?

5. — Quelle sera donc, dans notre droit actuel, la nature de la dation en paiement? Le Code civil est absolument muet sur la question. Nous trouvons bien çà et là des dispositions éparses, relatives à tel ou tel point spécial (art. 1243, 1406, 1553, 1595, 1701, 2038. *Adde,* 446, Co.); mais aucun texte de principe ne nous est fourni par nos lois sur la nature et les effets généraux de la dation en paiement. Aussi de grandes divergences se sont-elles produites parmi les commentateurs; nous allons exposer successivement les différentes opinions qui ont été émises, et, après avoir combattu celles que nous ne pensons pas pouvoir admettre, nous expliquerons et justifierons celle qui nous paraît devoir être préférée.

6. — I. Une première opinion voit dans la dation en paiement une véritable *vente* passée par le débiteur au créancier, avec compensation de la dette avec le prix[1]. D'après M. Colmet de Santerre, notamment, c'est « une opération qui res-« semble à une vente ou à un échange, suivant que l'une des « deux choses qui en sont les objets est ou non une somme « d'argent. Si le créancier de 1,000 fr. consent à recevoir un « cheval, ou si le créancier d'un cheval reçoit de l'argent, « l'opération ressemble à une vente; si au contraire le créan-

[1] Troplong, *Comm., De la vente,* nos 7 et suiv.; Laurent, XXIV, nos 151 et suiv.; C. de Santerre, V, 182 *bis*-II, p. 333. M. Duvergier, *Vente,* I, nos 45, 46, paraît bien se prononcer dans le même sens. — *Adde* G. Demante, *Principes de l'enregistrement,* 4e édit., I, p. 194, no 163, et généralement tous les auteurs qui se sont occupés des questions d'enregistrement.

« cier d'un cheval reçoit un tableau, la dation en paiement « se rapproche de l'échange plutôt que de la vente. » Et en faveur de ce système on invoque :

1° la tradition,

2° les textes,

3° les principes,

7. — La dation en paiement, dit-on, était considérée par nos anciens auteurs, aussi bien que par les jurisconsultes romains, comme une véritable vente. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas voulu innover, car, si telle avait été leur intention, ils n'eussent pas manqué de l'exprimer d'une manière formelle.

Je n'insisterai pas beaucoup sur ce premier argument. Nous avons vu qu'en droit romain, il fallait attribuer un tout autre caractère à la dation en paiement; les auteurs anciens, comme les jurisconsultes romains, ont donné simplement des règles particulières, sans avoir la prétention de poser un principe général. Si on invoque la tradition, il faut dire aussi que le Code civil ne s'est pas préoccupé de déterminer la nature juridique de la dation en paiement; il a laissé le champ libre à la doctrine sur ce point, et il doit être permis à celle-ci d'assigner à l'opération qui nous occupe la nature et les caractères, qui lui paraissent le mieux en conformité avec les principes rationnels et la réalité des choses.

Admettons pour un instant que l'argument ait quelque valeur; nous devons simplement en conclure que le législateur n'a considéré la dation en paiement comme une vente, que pour les points spéciaux à l'égard desquels elle était ainsi envisagée dans notre ancienne jurisprudence. Or, à ce point de vue, nous voyons d'abord que le retrait féodal et le retrait lignager n'existent plus. Le retrait successoral, il est vrai, est encore ouvert aujourd'hui contre le créancier auquel un

cohéritier a cédé ses droits successifs à titre de dation en paiement (Civ., 841)[1] ; mais s'il en est ainsi, ce n'est pas parce que la dation en paiement est une vente ; c'est parce qu'ici, comme en cas de cession moyennant un prix, il y a à craindre l'intrusion d'un étranger dans les secrets de la famille. De même, les droits seigneuriaux de quint, de lods et vente, ont été supprimés. Il est vrai que nous sommes aujourd'hui en présence de droits d'enregistrement, et qu'on admet que les droits dus en notre matière sont les mêmes que ceux qui sont dus en matière de vente ; mais nous verrons que cette règle peut être fondée sur un tout autre motif que l'assimilation avec la vente. Enfin, pour ce qui est relatif à la garantie d'éviction, nous avons constaté déjà, en droit romain, qu'elle n'était pas due seulement en matière de vente, mais dans tous les actes, impliquant une transmission de propriété ou de droits réels à titre onéreux : telle est bien la dation en paiement, et, ici encore, il n'est pas besoin de recourir à l'assimilation avec la vente.

8. — Mais, dit-on, les rédacteurs du Code n'ont pas du tout entendu laisser la question entière, — et nous avons deux textes, l'article 1595 et l'article 1701, qui prouvent bien que dans leur pensée la dation en paiement est une vente véritable. D'abord la place de ces deux articles au titre de la vente est significative. En outre, en ce qui concerne l'article 1595, ce texte, après avoir posé en principe que la vente est interdite entre époux, indique trois cas où, par exception,

[1] Aubry et Rau, § 631 *ter*, note 20, VI, p. 521, et les autorités qu'ils citent. Notre droit admet encore le retrait d'indivision (art. 1408, al. 2) et le retrait de droits litigieux (art. 1699 et suiv.). Au premier cas il faudrait raisonner comme dans l'hypothèse du retrait successoral ; au second cas, la faculté de retrait est formellement exclue par l'article 1701, quand la cession a été faite à titre de dation en paiement.

il en est autrement, et ces trois cas sont précisément des hypothèses de dation en paiement; ce rapprochement prouve bien que la dation en paiement est en réalité une vente. De même, après l'article 1699, qui autorise toute personne contre laquelle existe le droit litigieux qui a été cédé, à en opérer le retrait, en remboursant au cessionnaire le prix réel de cession, — nous trouvons l'article 1701, aux termes duquel la faculté de retrait n'est pas ouverte, quand la cession a été faite par un débiteur à un créancier en paiement de ce qu'il lui doit : c'est donc que la dation en paiement est une espèce particulière de vente, puisque l'article 1699 a supposé une cession moyennant un prix, c'est-à-dire une vente de la créance litigieuse.

Je répondrai d'abord, quant à la place de nos deux textes au titre de la vente, qu'elle s'explique facilement. L'article 1595 édictant la prohibition de la vente entre époux, sa place naturelle était parmi les textes relatifs à la capacité requise en matière de vente; et à quelle théorie aurait-on pu rattacher le retrait des droits litigieux, sinon à la théorie de la cession de créances? C'est pour être complets sur la matière, que les rédacteurs ont indiqué au même endroit (art. 1701) les cas dans lesquels le retrait ne serait pas possible, de même que dans l'article 1595, ils ont rapproché la dation en paiement de la vente.

Tout ce qu'on est autorisé à conclure, en effet, de l'article 1595, c'est que la dation en paiement, comme la vente, est interdite entre époux, c'est qu'il y a, à ce point de vue, mais *à ce point de vue seulement,* assimilation entre la dation en paiement et la vente. Le raisonnement des rédacteurs du Code a été le suivant : Nous prohibons la vente entre époux, parce qu'elle implique certains dangers : il est à craindre que les époux n'en tirent parti pour se faire indirectement

des libéralités irrévocables ou dépassant la quotité disponible, ou ne s'en servent dans le but de frustrer leurs créanciers. Or, cette prohibition, nous ne l'appliquons pas seulement en matière de vente; nous l'étendons à la dation en paiement, parce que les mêmes fraudes y seraient à craindre. Seulement, si l'opération intervenue entre les époux se présente dans des conditions telles qu'il n'y ait aucun risque de fraude (et cela sera surtout possible en matière de dation en paiement), alors l'acte sera valable; voici trois hypothèses où il en sera ainsi,..... et ils citent trois cas de dation en paiement, sans avoir évidemment l'intention de trancher une question de principe. Et à quelque point de vue que l'on se place, il faut bien reconnaître que la rédaction du texte manque de clarté. Il n'est pas douteux, pas plus pour nos adversaires que pour nous, qu'on a laissé dans l'ombre, en rédigeant l'article 1595, une idée intermédiaire; il aurait fallu, ce semble, au point de vue de la logique et de la suite des idées, dire : le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux; il en sera de même de la dation en paiement, sauf dans les trois cas suivants :.... Cette paraphrase du texte s'impose à tout le monde, et dès lors, s'il y a rapprochement entre les deux hypothèses, parce que les motifs de décider s'appliquent dans un cas comme dans l'autre, on n'est pas fondé à conclure à une assimilation.

L'article 1701 est moins décisif que l'article 1595. Si l'article 1699, qui pose le principe du retrait litigieux, paraît *in terminis* ne s'occuper que de la vente des créances litigieuses, en réalité, il s'applique à toutes les cessions, quelles qu'elles soient, faites à titre onéreux. L'article 1699 dit, d'une manière très-générale : celui contre lequel a été cédé un droit litigieux...; si la suite du texte suppose que cette cession a eu lieu moyennant un prix, c'est qu'elle statue sur

le cas le plus ordinaire; mais elle n'infirme en rien la portée générale de l'alinéa 1er. Donc, d'après l'article 1699, le retrait peut être exercé dans tous les cas où un droit litigieux a été transmis à titre onéreux, que cette transmission résulte d'une vente ou de tout autre acte, sauf cependant si la cession a été faite à titre de dation en paiement (art. 1701-2°), car alors le créancier cessionnaire ne peut être considéré comme un spéculateur sur les créances. L'article 1701 prouve bien que la dation en paiement est un acte à titre onéreux, il n'en résulte nullement que ce soit une vente véritable.

9. — Les raisons théoriques que l'on invoque n'ont rien non plus de décisif. Nous les avons déjà vues invoquées par les commentateurs du droit romain, et, les ayant déjà réfutées, nous pourrions nous dispenser d'y revenir. Cependant, il n'est pas inutile d'insister à nouveau sur ces idées essentielles. La dation en paiement, dit-on, implique identiquement les mêmes éléments que la vente : une chose, un prix, le consentement des parties; du moment que ces trois éléments se rencontrent, il y a vente[1].

Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, il est impossible d'admettre que les parties, quand elles ne l'ont pas dit formellement, aient eu l'intention de réaliser une vente. Si l'on peut dire, à la rigueur, qu'il y a une chose et un prix, il est impossible de reconnaître qu'il y a consentement. Sans doute, les parties ont été d'accord; mais ce n'est pas pour créer entre elles les obligations résultant de la vente, c'est pour éteindre la dette qui existe pour le moment entre elles; elles ont voulu anéantir un rapport de droit préexistant et non pas en créer un nouveau; elles ont eu en vue le passé,

[1] Ceci était déjà indiqué par Dumoulin, dans son *Commentaire sur la C. de Paris*, t. I, § 20, glose V, n° 47. — *Adde*, d'Argentré, *Commentaire sur la C. de Bretagne*, *Droits du prince*, art. 66, note 1, n° 2.

non l'avenir. Cela est si vrai, que Troplong lui-même a dû le reconnaître. « Les parties, dit-il, ont bien plutôt pour « but d'éteindre une obligation préexistante que de donner « naissance à une obligation nouvelle; elles veulent opérer « une libération bien plutôt que faire un acte de commerce » (*Vente,* n° 7). Singulière théorie, qui, sous prétexte d'interpréter la volonté des parties, se met en contradiction avec elle!

10. — Mais, pourrait-on dire, la dation en paiement n'est qu'une *vente fictive*. Sans doute, il n'y a pas vente au sens propre du mot; mais, par une sorte de fiction, le Code civil assimile la dation en paiement à la vente et lui fait produire les mêmes effets qu'à cette dernière. — Je répondrai d'abord que cette fiction est inutile, et par suite, injustifiable; on peut expliquer autrement les solutions données par la loi en matière de dation en paiement. Par exemple, si la dation en paiement, comme la vente, est prohibée en principe entre les époux, ce n'est pas parce que la dation en paiement est une vente fictive, c'est parce que les motifs de la prohibition s'appliquent dans l'une et l'autre hypothèse. D'ailleurs, l'idée de vente fictive serait dangereuse; outre qu'elle est en contradiction avec l'intention des parties, nous verrons qu'elle ne garantit pas suffisamment leurs intérêts. Nous devons donc la rejeter, d'autant plus que, d'après un principe bien connu de notre droit, il n'y a pas de fiction sans un texte qui l'établisse; or, ici, il n'existe aucun texte dont on puisse se prévaloir.

11. — D'ailleurs les partisans de cette théorie ne la poussent pas jusqu'au bout; ils se préoccupent bien du cas où une chose est fournie en paiement d'une dette d'argent, et aussi du cas où une chose est donnée à la place d'un autre objet, qui était dû; mais ils ne vont pas plus loin. Il ne sera pas rare pourtant de voir un fait accompli par un débiteur, en vue de

sa libération; par exemple, c'est un journalier qui travaille chez son créancier jusqu'à ce qu'il ait couvert le montant total de sa dette; c'est un professeur, un musicien, qui, pour s'acquitter, donne des leçons aux enfants de son créancier; c'est un peintre, qui fait un tableau, etc., etc. Dans ces hypothèses et dans des hypothèses analogues on ne peut dire qu'il y a vente ni qu'il y a échange. Mais comment qualifier l'opération? Les commentateurs du droit romain, qui avaient admis le système que nous combattons, disaient qu'il y avait louage de services ou contrat innommé. Aujourd'hui, on garde le silence, sans doute parce qu'on serait fort embarrassé de s'expliquer.

Comment donc admettre une théorie qui ne rend pas compte de tous les cas de dation en paiement, et qui, à supposer même qu'elle pût y parvenir, aboutirait à des distinctions sans nombre? Aussi, ce système n'est-il pas celui qui réunit de nos jours la majorité des suffrages : la plupart des commentateurs de notre Code civil voient en effet dans la dation en paiement une novation. C'est là une deuxième opinion qu'il nous faut maintenant exposer.

12. — II. La dation en paiement, dit-on, constitue une *novation*. D'après l'article 1271 Civ., en effet, il y a novation, « quand le débiteur contracte envers son créancier une « nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est « éteinte. » C'est là ce qui se passe dans la dation en paiement; quand le créancier accepte à titre de paiement une chose autre que celle qui lui est due, il y a véritablement novation, puisqu'une obligation portant sur un objet nouveau est par là substituée à l'obligation primitive; c'est une novation par changement d'objet, une novation objective, comme on dit encore[1]. La remise de la chose promise en paiement, l'accom-

[1] En ce sens, Toullier, VII, nos 282, 301; Duranton, XII, 82, 292; Mar-

plissement du fait convenu, constituent l'exécution de l'obligation nouvelle qui a été contractée; et c'est par l'effet de la novation que la dette primitive se trouve éteinte. A l'appui de cette doctrine, on invoque l'article 2038, qui est ainsi conçu : « L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un « immeuble ou d'un effet quelconque, en paiement de la « dette principale, décharge la caution, encore que le créan- « cier vienne à en être évincé. » Ce texte, dit-on, ne fait tout simplement qu'appliquer à la dation en paiement la solution générale donnée par l'article 1281 en matière de novation. Si les cautions sont libérées par la *datio in solutum*, alors même qu'il y aurait éviction de la chose fournie au créancier, c'est qu'il y a eu une novation, emportant extinction définitive de la dette principale.

13. — Occupons-nous d'abord de ce dernier argument. Il serait très-puissant si l'article 2038 ne pouvait pas s'expliquer autrement. Or ce texte a pour but de trancher une controverse qui, nous le savons, s'était élevée dans notre ancienne jurisprudence. D'après Renusson, en cas d'éviction de la chose donnée en paiement, l'obligation des cautions devait être considérée comme subsistant toujours. D'après Basnage, Pothier et la jurisprudence des Parlements, les cautions étaient libérées définitivement par la dation en paiement, même si une éviction venait plus tard à se produire, et c'est cette dernière solution que l'article 2038 a consacrée. Mais quels sont les motifs qui ont ici guidé le législateur? D'après M. Pont (*Petits contrats*, n° 400, II, p. 216), il aurait voulu s'en référer à l'idée déjà admise par Pothier, à savoir, que la dation en paiement implique une novation.

cadé, sur 1243, IV, n° 691; Pont, *Petits contrats*, II, 399 et 400; Larombière, IV, sur 1243, n° 2; V. sur 1273, n° 7; Aubry et Rau, § 324-4°, note 30, IV, p. 217; Demolombe, XXVIII, n°s 288 et suiv., p. 19[illegible] et suiv.

Sur la première partie de cette proposition, nous sommes d'accord. Il n'est pas douteux que le législateur n'ait entendu adopter les motifs invoqués autrefois par Pothier, Basnage et la jurisprudence des Parlements. Mais Pothier, nous l'avons dit, ne fait pas le moins du monde intervenir l'idée de novation : il se borne à invoquer des considérations d'équité. Si les cautions sont libérées dans l'hypothèse prévue, ce n'est pas que la dation en paiement ait opéré novation de la dette principale; nous verrons, au contraire, que cette dette subsiste toujours (car le créancier évincé n'a pas reçu la satisfaction qui lui était due); seulement, la dation en paiement « ayant jusqu'au temps de l'éviction, fait paraître la dette acquittée, » les cautions eu un juste sujet de croire à l'extinction définitive de cette dette; dès lors elles n'ont pas pris leurs précautions pour assurer, le cas échéant, leur recours contre le débiteur; il est équitable de les considérer comme déchargées à l'égard du créancier. L'article 2038 est une disposition de faveur pour les cautions; ce n'est pas une application du principe posé par l'article 1281. Ce qui le prouve bien, c'est qu'autrement ce texte ne serait qu'une répétition tout à fait inutile. Si le législateur s'est formellement expliqué sur ce point, c'est parce qu'il entendait faire aux cautions une situation exceptionnelle et privilégiée.

14. — Au point de vue des principes, l'opinion que nous combattons en ce moment confond la dation en paiement réalisée avec la promesse de dation en paiement. Ainsi, par exemple, MM. Aubry et Rau nous disent qu'il y a novation au cas d'*acceptation pure et simple d'une offre de dation en paiement :* ces expressions supposent une simple promesse. De même, M. Larombière suppose que la dation en paiement n'est pas effectivement réalisée, et enfin, M. Demolombe après avoir exposé une hypothèse où il n'y a pas

novation, nous dit : « Tout autre serait la convention par « laquelle le créancier *accepterait purement et simplement* « *l'offre faite par le débiteur de lui donner en paiement* « *une autre chose que celle qui lui est due.* » Et il ajoute : « Et par conséquent aussi tout autre serait la dation en paie- « ment effectivement accomplie. » Ce raisonnement suppose que la promesse de dation en paiement vaut, dans tous les cas, dation en paiement, et nous verrons qu'il n'en est pas toujours ainsi (*infrà,* n^os^ 24 et suiv.).

Pour le moment, nous supposons que la dation en paiement est effectivement réalisée. Nous nous plaçons dans l'hypothèse la plus ordinaire, celle où le débiteur, à court d'argent, a été trouver son créancier et lui a proposé un objet quelconque en l'acquit de ce qu'il lui devait; le créancier a consenti à recevoir cet objet; ce ne sont là que des pourparlers : le créancier *a permis* à son débiteur de se libérer en accomplissant une prestation autre que la prestation due, voilà tout. Alors intervient l'acte lui-même : le débiteur fait passer au créancier la propriété de la chose, il accomplit le fait, etc.; c'est cet acte qui constitue la dation en paiement et qui procure au débiteur sa libération. Comment comprendre la naissance à sa charge d'une obligation nouvelle qui serait éteinte aussitôt née? Nous sommes en présence d'*un fait unique, la dation en paiement;* il n'y a pas, comme on le prétend, deux faits distincts et successifs, une obligation nouvelle, suivie du paiement de cette obligation.

15. — Et cette opinion se met en contradiction flagrante avec la volonté des parties. Que veulent les parties en effet? Éteindre le rapport de droit qui existe entre elles, et non pas en créer un nouveau. Le créancier n'a nullement l'intention de substituer une créance nouvelle à la créance pri-

mitive; tout ce qu'il veut, c'est réaliser cette dernière d'une manière quelconque; et, de même, le débiteur prétend s'acquitter et non pas contracter une seconde obligation. Dès lors, on se trouve en opposition avec l'article 1273 qui exige que la volonté de nover résulte clairement de l'acte intervenu entre les parties. La volonté qui résulte de l'acte de dation en paiement, ce n'est pas du tout la volonté d'accomplir une novation.

La novation implique deux éléments : une dette que l'on veut éteindre; une seconde dette que l'on veut substituer à la première. Le premier de ces éléments se rencontre bien dans la dation en paiement; mais à aucun moment, il n'existe à la charge du débiteur une obligation nouvelle. On pourrait soutenir que cette obligation consiste pour le débiteur à maintenir le créancier en possession, et à le garantir contre les risques d'éviction[1]. Mais, on l'a fait remarquer, cette idée nous conduirait beaucoup trop loin, car la garantie d'éviction existe aussi dans le paiement proprement dit[2]. Dira-t-on que le paiement implique une novation? On ne saurait aller jusque-là. De plus l'obligation de garantie est une obligation accessoire; elle ne sera invoquée contre le débiteur que très-accidentellement, de telle sorte qu'il sera toujours vrai de dire qu'aucune obligation nouvelle, en principe, ne pèse sur le débiteur, quand il s'acquitte au moyen d'une dation en paiement.

16. — La jurisprudence est assez hésitante entre ce système et celui que nous avons précédemment exposé. Tantôt elle considère la dation en paiement comme une vente[3] (et

[1] Cette idée est indiquée incidemment par M. Demolombe, XXVIII, n° 291, p. 200.

[2] De Ségogne, *Th.*, p. 86.

[3] Cass., 26 juillet 1869, Sirey, 69.1.401.

ceci particulièrement en matière fiscale), tantôt elle y voit une novation[1]. Cette incertitude provient de l'impossibilité de donner une base solide à l'une ou l'autre de ces deux doctrines, et d'expliquer avec chacune d'elles, prise à part, les règles spéciales de la dation en paiement. Les auteurs eux-mêmes sont loin de présenter une théorie complète et homogène. Nous avons constaté déjà que les partisans de l'idée de vente ne se préoccupaient pas de pousser leur doctrine jusqu'au bout. De même les partisans de la théorie de la novation donnent parfois des solutions opposées et contradictoires pour la dation en paiement et la novation, alors que logiquement ils devraient appliquer les mêmes règles à ces deux institutions (V. *infrà*, n^os^ 33 et 57).

Mais il y a mieux; les deux opinions, que nous avons nettement distinguées pour les étudier plus facilement, ne sont pas toujours séparées par les auteurs. Il en est qui admettent tantôt l'une, tantôt l'autre des deux théories suivant les cas; il en est qui les fondent et qui les amalgament ensemble[2]. M. Demolombe, notamment, que nous avons présenté comme partisan de l'idée de novation, paraît bien confondre les deux théories précédentes. La dation en paiement, dit-il, est une novation; l'ancien rapport juridique a fait place à un rapport juridique nouveau; ce rapport est le même que celui qui naît de la vente ou de l'échange, suivant que l'on a payé *res pro pecuniâ* ou *res pro re*.

Une pareille combinaison ne saurait nous satisfaire. Il

[1] Cass., 19 janvier 1817, S. 19.1.35; Poitiers, 18 janvier 1864, S. 64 2.198.

[2] Cpr. à cet égard, Demolombe, XXVII, n° 230, p. 204; Laurent, XXIV, n° 151, p. 153; XVIII, n° 323; Baudry-Lacantinerie, II, n° 984, et III, n° 469. Laurent dit ailleurs (XXVIII, n° 279, p. 282) que la dation en paiement est *plutôt un paiement*, puisqu'elle éteint l'ancienne dette sans créer une obligation nouvelle.

s'agit d'interpréter la volonté des parties, et il est bien évident que le débiteur et le créancier n'ont pas songé à tant de complications. Leur intention est d'éteindre une obligation, d'anéantir le lien de droit qui les unit, et non pas d'en créer un nouveau, quel qu'il soit; toutes les objections que nous avons présentées contre chacune des deux théories, prises isolément, s'élèvent ici, et nous dispensent d'insister davantage sur la réfutation de l'idée mise en avant par M. Demolombe.

17. — III. Nous arrivons ainsi à un troisième système, que nous adoptons, et qui consiste à considérer la dation en paiement comme *un mode de paiement*, comme un paiement avec modification dans l'objet. C'était, nous l'avons établi, l'idée des jurisconsultes romains; écartée dans l'ancien droit, à la suite d'une fausse interprétation des textes et d'une généralisation exagérée de certaines formules des auteurs romains, cette opinion est celle qui, en l'absence de toute indication précise dans le Code civil, doit être admise encore aujourd'hui; c'est la plus rationnelle et la seule conforme à la commune intention du créancier et du débiteur[1].

18. — Les deux systèmes que nous avons réfutés partent d'un point de vue qui n'est pas exact. Ils considèrent l'un et l'autre la dation en paiement comme un contrat, et ils admettent que c'est par l'effet de la convention elle-même que la dette se trouve éteinte. Pour nous, la dation en paiement est un paiement; ce n'est pas un contrat; et c'est l'accomplissement même de la prestation (*res*) qui éteint la dette.

La dation en paiement implique l'accord des volontés du créancier et du débiteur; il faut qu'une convention intervienne entre eux, pour que le débiteur puisse s'acquitter au

[1] Admise par M. Labbé dans son *Étude sur la garantie*, cette théorie a été exposée et défendue par M. de Ségogne et M. Bisson, dans leurs thèses. M. Bufnoir, à son cours, se prononce dans le même sens.

moyen d'une prestation autre que la prestation due (arg., art. 1243). Mais qui dit convention ne dit pas contrat. Un contrat, c'est un accord de volontés, c'est une convention qui a pour objet la formation d'une ou de plusieurs obligations; la dation en paiement, elle, a pour but d'éteindre une obligation existante; elle a lieu *distrahendæ non contrahendæ obligationis causa;* c'est *un distrat*[1]. Et Pothier, qui cependant déclare la dation en paiement équipollente à la vente, Pothier, nous l'avons constaté déjà, la qualifie simplement d'*acte;* dans le parallèle qu'il fait de la dation en paiement et de la vente, il oppose toujours l'*acte* de dation en paiement au *contrat* de vente (*Traité de la vente,* n^os^ 601 et suiv.).

On conçoit sans doute qu'il intervienne un véritable contrat entre les parties, que le débiteur promette au créancier, qui accepte, d'accomplir une prestation autre que la prestation due; alors le débiteur sera obligé de réaliser cette promesse, et le créancier (si telle a été la commune intention des parties) devra s'en contenter, et ne pourra pas réclamer l'exécution de la dette originaire. Mais ce serait là une promesse de *dare in solutum,* et non pas la dation en paiement réalisée que nous supposons. Encore une fois, nous nous plaçons dans l'hypothèse pratique. Le débiteur, hors d'état de s'acquitter directement, propose à son créancier une chose qui n'est pas la chose due; le créancier consent à recevoir cette chose; il permet à son débiteur de la fournir; ce sont là des pourparlers, rien de plus; la dation en paiement n'existe comme telle, et l'obligation n'est éteinte qu'autant que le débiteur a remis au créancier la chose dont il s'agit, l'a investi pleinement de ses droits sur cette chose. La dation

[1] Aubry et Rau, § 340, IV, p. 284.

en paiement, comme le paiement, suppose une exécution, un fait matériel, une *res;* c'est ce fait matériel seul qui procure l'anéantissement de la dette. Il faut sans doute, de plus que dans le paiement, le consentement des parties (art. 1243); mais cela n'implique pas qu'il y ait contrat préalable; le créancier autorise son débiteur à lui fournir une prestation autre que la prestation due, voilà tout. Cette prestation fournie, c'est comme s'il y avait eu paiement; la dette est éteinte; mais elle l'est seulement alors.

19. — La dation en paiement est un mode de paiement; comme le paiement elle produit son effet *re.* Cela est tout à fait conforme à l'intention des parties. La volonté du créancier, la volonté du débiteur, c'est d'éteindre la dette; ce n'est pas du tout de créer entre eux un rapport juridique nouveau, comme le soutiennent les deux autres systèmes qui voient dans cet acte la réalisation soit d'un contrat de vente, soit d'une novation. Le créancier voit qu'il ne peut obtenir l'exécution directe de sa créance; pour ne pas tout perdre, il consent à recevoir autre chose que ce qui lui est dû; mais là se bornent ses concessions; et il ne consent pas dès maintenant à l'anéantissement de son droit, ou plus exactement, s'il y consent, c'est seulement sous cette condition que la chose offerte par le débiteur lui sera effectivement livrée; de même qu'il aurait fallu un paiement *réel* pour éteindre directement son droit, de même la dation en paiement doit être *réalisée* pour que ce droit soit considéré comme n'existant plus. Le créancier veut bien faciliter au débiteur sa libération; mais il entend ne le considérer comme libéré, qu'autant que la satisfaction offerte lui aura été fournie. Le débiteur, de son côté, veut se décharger de sa dette dans les meilleures conditions possibles; il veut éviter des poursuites, toujours onéreuses et susceptibles même d'aboutir à sa

ruine; il ne peut rien prétendre au delà. S'il avait dû payer, un paiement effectif seul aurait anéanti la dette; il ne saurait exiger que la dation en paiement lui soit plus favorable; pour être libéré, il doit la réaliser.

20. — Mais il ne suffit pas de montrer que notre théorie est conforme à la volonté des parties; il faut encore la justifier au point de vue des principes juridiques et au point de vue des textes de notre droit. On pourrait dire en effet : il est impossible de considérer la dation en paiement comme un paiement; le paiement, c'est l'accomplissement de la prestation même qui est due, et l'article 1243 C. civ., placé dans la section qui traite du paiement, le prouve bien, lorsqu'il vient nous dire que c'est la chose due elle-même qui doit être fournie au créancier, à moins qu'il ne consente à en recevoir une autre. Or, la dation en paiement suppose précisément que ce n'est pas la chose due qui est fournie; donc elle n'est pas un paiement.

Ce raisonnement est pressant; mais il n'est pas impossible d'y répondre. Le mot *paiement* a, dans notre langue juridique, plusieurs acceptions; tantôt on l'étend outre mesure en l'appliquant à tout mode d'extinction des obligations, quel qu'il soit, tantôt on le restreint d'une manière excessive, en l'entendant uniquement de la prestation d'une somme d'argent[1]. Pour nous ce mot doit être pris dans un sens intermédiaire, et il signifie proprement l'*acquittement de la dette, l'exécution de l'obligation*. L'obligation, c'est la nécessité juridique en vertu de laquelle une personne est astreinte envers une autre à donner, à faire, ou à ne pas faire (art. 1101); elle implique donc trois éléments :

1° Un sujet actif,

[1] Demolombe, XXVII, n° 26, p. 20, 21.

2° Un sujet passif,

3° Un objet.

Or le paiement, c'est la prestation de l'objet de l'obligation faite par le sujet passif au sujet actif, et strictement on pourrait dire, que, si, dans l'exécution, l'un des trois éléments que nous venons d'indiquer est modifié, est changé, il n'y a plus paiement en sens propre. Cette conséquence, personne ne l'admet en cas de changement dans la personne du créancier ou dans la personne du débiteur. Pourquoi donc l'admettre en cas de modification dans l'objet? Si un autre que le débiteur exécute l'obligation, ou si le débiteur accomplit la prestation due à l'avantage d'un autre que le créancier (et du consentement de ce dernier), tout le monde est d'accord pour dire qu'il n'y en a pas moins paiement. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi, au cas où le créancier consent à ce que le débiteur lui fournisse un objet autre que l'objet dû? On n'en voit pas la raison.

21. — Cette idée, qui n'est pas nouvelle[1], paraît être celle des rédacteurs du Code civil, et l'article 1243 que l'on invoque me paraît en fournir la preuve. Ce texte, nous l'avons remarqué, est placé dans la section où il est traité du paiement. Or dans cette section le législateur prévoit successivement trois hypothèses. Le paiement, nous dit l'article 1236, peut être fait par un autre que le débiteur, au nom et en l'acquit de ce dernier, mais l'opération n'en reste pas moins un paiement. De même (art. 1239), c'est au créancier que la chose due doit être payée, à moins qu'il ne consente à ce que le paiement soit fait à un autre. Et l'article 1243 pose absolument la même règle quant à l'objet : c'est la chose même qui est due que le débiteur doit payer, à moins que le créancier ne consente à

[1] Le rapprochement que nous faisons ici se trouve dans la constitution de Dioclétien, qui forme la L. 17, C. *De solut.*, 8, 43.

en recevoir une autre; ici encore, nous sommes en présence d'un paiement. Dans les deux premiers cas, personne ne soutient qu'il y ait novation par changement de débiteur ou par changement de créancier; dans la troisième hypothèse, il ne doit pas non plus y avoir novation par changement d'objet; l'opération reste toujours un paiement; c'est un paiement avec modification dans l'objet. Comme on l'a dit, « la monnaie est différente, mais au fond l'opération reste la même. »

Ajoutons que notre théorie est confirmée par un autre texte; c'est l'article 446 C. co. dans le troisième alinéa duquel les hypothèses de dation en paiement sont expressément qualifiées : paiement.

22. — Tel est le système qui nous paraît devoir l'emporter; la dation en paiement est un mode de paiement, et de cette idée nous aurons, au cours de cette étude, à tirer de nombreuses conséquences, soit quant aux conditions de la dation en paiement, soit en ce qui concerne ses effets. Et nous pourrons constater que sur beaucoup de points, notre système aboutit à des conséquences bien différentes de celles qui, logiquement, devraient être déduites des deux théories que nous avons écartées.

Il ne faut cependant pas pousser l'assimilation trop loin; la dation en paiement est un mode de paiement; mais n'oublions pas qu'elle implique le consentement des parties. Le débiteur ne pourrait être contraint de payer une chose autre que la chose due, de même que le créancier, en principe, ne pourrait pas malgré lui être tenu de recevoir cette chose qui n'est pas la chose due (art. 1243). Nous aurons donc à nous préoccuper spécialement du consentement des parties en matière de dation en paiement. Bien que la dation en paiement ne soit pas un contrat, nous appliquerons cependant ici les règles posées par le Code civil pour les contrats; tout le

monde admet, en effet, qu'il y a lieu d'étendre à toute espèce de manifestation de volonté les règles de notre loi sur l'existence et la validité du consentement en matière de contrats[1].

Nous devons, en second lieu, tenir compte d'une autre idée très-importante. Le paiement, dans notre droit, n'est pas, le plus ordinairement, un acte translatif de propriété : la propriété des corps certains et déterminés est transférée par le seul effet de la convention, et indépendamment de toute tradition (art. 1138, Civ.) ; le paiement n'est pas autre chose le plus souvent que l'exécution de l'obligation de délivrance qui incombe au débiteur; ce n'est pas lui qui constitue un acte d'aliénation, c'est la convention elle-même dont il réalise l'exécution. Au contraire la dation en paiement (nous la considérons toujours comme un acte unique) est essentiellement translative de propriété; et nous aurons à tirer de là d'importantes conséquences, notamment en ce qui concerne la transcription et le paiement des droits d'enregistrement.

En résumé, dans nos développements ultérieurs, nous appliquerons en principe les règles du paiement, sauf à tenir compte de ces deux idées que la dation en paiement exige le consentement du créancier et du débiteur, et qu'elle constitue un acte translatif de propriété. C'est pour s'être placé uniquement au premier de ces deux points de vue, que l'on a considéré l'opération qui nous occupe comme une novation (la dette étant éteinte par l'effet du consentement des parties) ; c'est pour avoir exagéré le second point de vue, qu'on a rapproché la dation en paiement de l'acte translatif par excellence, la vente. Il y a là deux idées dont il faut tenir compte sans doute, mais qu'il ne faut cependant pas envisager exclusivement.

[1] Aubry et Rau, § 306, IV, p. 92.

23. — Nous avons jusqu'à présent supposé que les parties ne s'étaient pas expliquées sur la portée qu'elles entendaient donner à la dation en paiement intervenue entre elles, et nous avons cherché à interpréter leur volonté probable. Mais il se peut que le créancier et le débiteur aient expressément manifesté leur intention et qu'ils aient réalisé la dation en paiement sous forme de vente, ou sous forme de novation. Il faudra évidemment tenir compte de la volonté des parties, et appliquer alors soit les règles de la vente, soit celles de la novation.

1° Il est assez fréquent en pratique que les parties réalisent la dation en paiement sous forme de vente[1]. L'opération est alors toute différente de celle que nous avons étudiée jusqu'ici. Nous sommes en présence d'un contrat synallagmatique, et non pas d'un simple acte extinctif. Les relations de vendeur et d'acheteur naissent entre le débiteur et le créancier. La dette est éteinte par une compensation entre le prix de vente et le montant de cette dette, et non pas par la livraison de la chose au créancier; cette livraison n'est autre chose que l'exécution de l'obligation de délivrance qui incombe au débiteur vendeur. Les conséquences seront bien différentes de celles auxquelles les parties auraient abouti, si elles avaient envisagé l'opération comme un acte extinctif. Nous indiquerons ces conséquences chemin faisant.

2° Il se peut aussi que les parties aient rattaché l'extinction de la dette à une novation. Elles ont dit, par exemple, que l'obligation était remplacée par une obligation nouvelle, laquelle a été ensuite exécutée. Cette exécution ne constitue pas une dation en paiement; elle réalise le paiement de la seconde obligation, et, quant à l'obligation primitive, elle

[1] Les recueils d'arrêts le prouvent. — V. par exemple, Cass., 4 août 1852, S. 52.1.631

est éteinte par la convention novatoire elle-même. Et on peut dire que c'est au moment où il fait la promesse portant sur un objet nouveau, que le débiteur fait une dation en paiement, au sens large du mot, de telle sorte qu'au lieu de soutenir que la *datio in solutum* est une novation, il serait plus exact de considérer la novation par changement d'objet comme une espèce particulière de dation en paiement : c'est ce que nous avons eu l'occasion de constater dans la partie romaine de ce travail (n° 32).

Il se peut que l'exécution de la nouvelle dette soit concomitante à la convention des parties, ou la suivè immédiatement. Mais il se peut aussi qu'un certain délai soit laissé au débiteur, et que l'accomplissement de sa nouvelle promesse ne soit pas exigé de suite par le créancier. Il y a alors simple promesse de dation en paiement, et si cette promesse peut, suivant les cas, produire un effet novatoire, elle peut aussi aboutir à tout autre résultat : tout dépend en effet de la volonté des parties. Nous avons pour terminer ce chapitre à nous préoccuper de cette hypothèse spéciale.

24. — *De la promesse de dation en paiement.* — Un débiteur n'a pas d'argent pour payer son créancier; il a bien une chose qui pourrait convenir à ce dernier, un cheval, par exemple; mais ce cheval n'est pas pour le moment à sa disposition : on peut supposer qu'il l'a prêté à une tierce personne pour un certain temps. Il promet à son créancier, qui accepte, de lui donner ce cheval en paiement, quand l'emprunteur le lui aura rendu.

Cette promesse est évidemment obligatoire pour le débiteur; mais quel effet va-t-elle produire, et spécialement quelle influence exercera-t-elle sur l'obligation primitive? Entraînera-t-elle l'extinction de cette obligation, ou bien l'obligation nouvelle née de la promesse viendra-t-elle se juxtaposer à

l'obligation préexistante, sans en procurer l'anéantissement?

Pour répondre à cette question, nous ferons d'abord remarquer que nous ne sommes plus aujourd'hui, comme à Rome, limités par la règle que la novation ne peut avoir lieu par changement d'objet. L'article 1271-1° admet la validité de cette novation, et dès lors il sera possible (et nous avons vu que cela n'était pas admis en droit romain), il sera possible que la promesse ainsi faite procure l'extinction de l'obligation primitive, et, pour employer une formule plus précise, *la promesse de dation en paiement pourra, suivant les cas, valoir dation en paiement.* Mais quand cela se produira-t-il? La règle à poser à cet égard est la même que celle que nous avons posée pour la dation en paiement effectuée : *il faut s'en référer à la volonté des parties.* Tout, en notre matière, dépend de la commune intention du créancier et du débiteur : il faudra se conformer à cette intention lorsqu'elle sera connue ; et ce n'est qu'à défaut de volonté certaine, que nous aurons à rechercher la portée de la promesse de dation en paiement et l'étendue de ses effets.

Or les parties peuvent avoir eu l'intention de substituer la dette nouvelle à la dette primitive, ou bien avoir simplement voulu juxtaposer la seconde à la première; ou, enfin, il se peut que le créancier ait voulu concéder au débiteur une *facultas solutionis.* Examinons successivement ces trois hypothèses.

25. — 1° *Les parties ont voulu substituer à la dette primitive une dette nouvelle portant sur un objet différent.* — Par exemple une personne débitrice de 1,000 fr. promet à son créancier de lui fournir en paiement tel cheval, et il est entendu qu'à raison de cette promesse la dette primitive se trouvera éteinte. Nous avons ici une novation par changement d'objet; à la place de l'obligation pour le débiteur de payer

1,000 fr., existe à sa charge l'obligation de fournir le cheval promis. Or cette novation réalise une véritable dation en paiement puisque, dans l'intention des parties, la dette primitive se trouve éteinte; elle est éteinte, il est vrai, par novation; mais cela n'empêche pas que l'opération dans son ensemble ne constitue une dation en paiement.

On pourrait objecter que la dation en paiement suppose une satisfaction procurée au créancier; par conséquent, tant qu'il n'y a que simple promesse de la part du débiteur, le créancier n'est pas *satisfait :* il ne le sera qu'au moment où la seconde promesse aura été réalisée, et c'est seulement par l'exécution de la promesse nouvelle que la dette sera éteinte; c'est seulement à ce moment qu'il y aura dation en paiement.

L'objection ne porte pas (même en se plaçant à ce point de vue) au cas où c'est un corps certain et déterminé qui a été promis, et c'est pratiquement le cas le plus fréquent. La propriété de ce corps certain est en effet transférée par le seul effet de la convention (art. 1138). En ce cas, c'est au moment même de la convention que le créancier sera satisfait; c'est à ce moment que la dation en paiement sera réalisée, que la dette primitive sera anéantie.

Et il y a mieux. La dation en paiement s'opère *re,* par l'accomplissement, la réalisation d'une prestation; or, ici, la *res,* dans l'intention des parties, en quoi consiste-t-elle? Elle consiste en la promesse même qui est faite. Le créancier a consenti à recevoir cette promesse, il s'en est contenté; du moment que la promesse lui a été faite valablement, il est satisfait. Nous verrons que le débiteur peut s'acquitter en cédant à son créancier la créance qu'il a lui-même contre un tiers, ou bien en lui procurant l'engagement de son propre débiteur; cela constitue indiscutablement une dation en paiement. Pourquoi donc, si le créancier y consent, n'en serait-il

pas de même de la promesse que lui fait le débiteur lui-même et non plus un tiers, sur l'ordre du débiteur? Le créancier a droit à une satisfaction pleine et entière; mais il a droit seulement à la satisfaction dont il s'est contenté; ici il s'est contenté d'un engagement nouveau de son débiteur; cet engagement formé et valablement formé, il est satisfait; il y a dation en paiement. Quand l'obligation nouvelle sera exécutée, alors nous ne serons plus en présence d'une dation en paiement, mais d'un paiement véritable.

Ainsi, dans cette hypothèse, la dette primitive est éteinte par le seul fait de la promesse nouvelle émanée du débiteur, et elle est éteinte définitivement. La conséquence la plus importante qui en résulte, c'est que, si l'objet de la nouvelle obligation vient à périr sans la faute du débiteur, celui-ci sera libéré (art. 1302) sans que le créancier puisse prétendre à venir exercer son ancienne action.

26. — 2° *Les parties ont réservé la dette primitive, sans la déclarer éteinte, et elles lui ont adjoint une dette nouvelle, portant sur un objet différent.* — Je suppose qu'il y a corrélation entre les deux dettes et que c'est en vue de procurer le paiement de la première que la seconde a été contractée, car, si les deux dettes étaient indépendantes, il est évident que le paiement de chacune d'elles pourrait être exigé séparément; ici, l'exécution de l'une ou de l'autre des deux dettes suffira pour libérer complètement le débiteur.

Nous sommes par conséquent en présence d'une *alternative* (Civ., 1189 et suiv.), et nous apercevons immédiatement quel avantage cette combinaison présente pour le créancier. La dette originaire subsiste après la nouvelle promesse du débiteur; de telle sorte que, si l'objet de la nouvelle obligation vient à périr par cas fortuit avant que cette obligation ne soit exécutée, le créancier pourra toujours se prévaloir de

son droit primitif, puisque dans l'obligation alternative, la perte par cas fortuit, de l'une des deux choses promises n'empêche pas l'obligation de subsister, en tant qu'elle porte sur l'autre objet (art. 1193).

Pratiquement, le créancier se réservera presque toujours le droit d'exiger, à son choix, l'accomplissement de l'une ou de l'autre prestation. Il y aura cet avantage considérable de laisser à la charge du débiteur tous les risques de diminution ou de détérioration, et de profiter, au contraire, de l'augmentation de valeur qui peut survenir à l'une ou à l'autre des deux choses. Par exemple, le débiteur devait un champ, et il promet au créancier (au choix de celui-ci) de lui fournir à la place telle maison. Si le champ subit une dépréciation ou si la maison acquiert une plus-value, le créancier choisira la maison, de même qu'il choisirait le champ, si les éventualités inverses se produisaient. Ce résultat, nous le savons, était déjà constaté par Papinien (L. 28, D. *De novat.*, 46, 2).

D'ailleurs on conçoit parfaitement que le choix soit expressément laissé au débiteur, lequel profitera ainsi des chances favorables, et même, dans le doute, conformément à l'article 1190, il faudrait décider que le choix appartient au débiteur : ce n'est que l'application du principe général, que les clauses douteuses doivent s'interpréter en faveur de celui qui promet (art. 1162).

Quoi qu'il en soit, que le choix appartienne au créancier ou qu'il soit laissé au débiteur, il est certain que la promesse de dation en paiement ici ne vaut pas dation en paiement; la dette primitive n'est en effet éteinte que par l'exécution de l'une ou de l'autre obligation, et il est facile de voir qu'elle sera éteinte, suivant les cas, par un paiement ou par une dation en paiement, suivant que ce sera la prestation originaire-

ment due ou la prestation ultérieurement promise qui sera accomplie.

27. — 3° Le créancier a réservé son ancien droit, mais il a accordé au débiteur *la faculté de se libérer* en accomplissant une prestation autre que la prestation due ; il lui a concédé une *facultas solutionis* [1]. — En ce cas, comme au cas précédent, l'obligation n'est éteinte que lorsque le débiteur exécute, et elle est éteinte par un paiement, si c'est la prestation primitive qui est accomplie, par une dation en paiement, si le débiteur use de la faculté qui lui est accordée.

Cette troisième combinaison est plus avantageuse pour le créancier que la première, mais elle lui est moins favorable que la seconde. Elle est plus avantageuse que la première, car si la chose qui est *in facultate solutionis* vient à périr par cas fortuit, le créancier pourra toujours exiger l'accomplissement de la dette primitive, qui continue de subsister. Elle est moins favorable que la combinaison précédente, en ce que le créancier n'est pas à l'abri des risques de diminution ou de détérioration, puisque le choix ici appartient toujours au débiteur. En outre, dans le cas d'alternative, la perte de l'une des deux choses ne libère pas le débiteur, qui peut toujours être contraint de fournir l'autre chose, de telle sorte que si la chose primitivement due venait à périr par cas fortuit, l'objet de la deuxième promesse pourrait toujours être exigé. Dans la *facultas solutionis,* la chose primitivement due est seule *in obligatione :* si elle vient à périr, le débiteur est définitivement libéré, et il ne pourrait être contraint d'accomplir la prestation nouvelle, qui n'avait été adjointe à la première, que pour la facilité du paiement [2].

28. — Nous allons supposer maintenant que la volonté des

[1] Demolombe, XXVIII, n° 287, p. 196.

[2] Aubry et Rau, § 300, IV, p. 46.

parties n'est pas connue, et nous préoccuper d'interpréter cette volonté. Laquelle des trois solutions précédentes devrons-nous admettre dans le silence des parties?

Pourrons-nous dire d'abord que, dans le cas de promesse de *dare aliud pro alio*, les parties, qui ne s'en sont pas expliquées autrement, ont entendu faire une novation, et éteindre dès maintenant la dette primitive? Je ne crois pas que telle soit leur intention. En ce qui concerne d'abord le créancier, il ne doit pas être facilement présumé avoir voulu renoncer à un droit qui existait à son profit. Et il est vraisemblable qu'il préférera obtenir le paiement de ce qui lui est dû, plutôt que de recevoir une chose qu'il n'avait acceptée que comme pis-aller; il vaut mieux pour lui que la première obligation subsiste, d'autant plus qu'il évitera ainsi la chance de tout perdre pour le cas où l'objet de la nouvelle promesse viendrait à périr sans la faute du débiteur et avant la mise en demeure de ce dernier (*suprà*, n° 25 *in fine*). Et, de son côté, le débiteur n'a le plus souvent promis une chose autre que la chose due que parce qu'il était sous l'empire de la nécessité; peut-être la valeur de cette chose est-elle supérieure au montant de la dette primitive; il est juste de lui laisser la possibilité de se libérer en acquittant cette dette primitive.

Cette solution est d'ailleurs absolument d'accord avec le système de notre loi en matière de novation. D'après l'article 1273, *la novation ne se présume pas; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte*. Donc quand un débiteur, pour s'acquitter, aura promis à son créancier de lui fournir une chose autre que la chose due, il faudra présumer que la dette primitive subsiste toujours. Et l'article 1275 nous fournit un argument plus direct encore, car il prévoit précisément une hypothèse de *datio in solutum*. Ce texte s'occupe de la délégation : un débiteur procure à son créancier un autre

débiteur qui s'engage envers le créancier; ce faisant, le débiteur ne paie pas; il fournit autre chose que ce qu'il doit; mais pour qu'il y ait véritablement dation en paiement, pour que le premier débiteur soit libéré par l'effet de l'engagement du nouveau débiteur, il est nécessaire, nous dit l'article 1275, que le créancier l'ait expressément déclaré. Or, dans notre hypothèse, le débiteur veut se libérer en fournissant au créancier une nouvelle obligation pesant non pas sur autrui, mais sur lui-même; la solution doit être identique; l'extinction de la première dette n'aura lieu que si telle est la volonté du créancier : la présomption, c'est que la dette primitive subsiste toujours, même après la nouvelle promesse.

29. — Reste à choisir entre les deux autres solutions. Quand il y aura eu promesse de dation en paiement, et que les parties ne se seront pas expliquées sur la portée qu'elles entendent donner à cette promesse, serons-nous en présence d'une alternative au choix du débiteur[1], ou d'une *facultas solutionis?* L'intérêt pratique, nous le connaissons, c'est que si l'objet de l'obligation primitive vient à périr, le débiteur sera complètement libéré, au cas de *facultas solutionis,* tandis qu'en cas d'alternative, il pourrait être contraint d'accomplir la prestation nouvellement promise. Bien que moins avantageuse pour le créancier, je crois que la première solution doit prévaloir, et qu'on doit interpréter la convention dans le sens d'une faculté laissée au débiteur. C'est l'application du principe que les conventions, dont le sens est douteux, doivent être interprétées en faveur du débiteur (art. 1162). C'était la solution de Pothier (*Obligations,* n° 533). M. Colmet

[1] Nous savons que, dans le doute, le choix doit être laissé au débiteur sous une alternative (art. 1190), et nous supposons ici que les parties ne se sont pas expliquées.

de Santerre[1] dit que, dans le silence de la convention, il faut plutôt considérer qu'il y a alternative; mais remarquons bien que cet auteur suppose les deux prestations promises par la même convention. Quand le débiteur a dit : je vous promets 1,000 fr. ou tel cheval, il n'y a, en effet, aucune raison de croire que les 1,000 fr. soient *in obligatione,* et le cheval *in solutione tantum,* ou inversement; mais nous supposons qu'il y avait d'abord une dette pure et simple de 1,000 fr.; pour s'acquitter, le débiteur a proposé au créancier de lui fournir un cheval; le créancier a accepté. Pratiquement, ce qu'il veut, ce n'est pas acquérir un droit nouveau parallèle au premier, c'est obtenir le paiement, au moins par équivalent, de sa créance primitive. S'il n'y avait pas eu convention nouvelle entre lui et le débiteur, la perte fortuite de la chose due aurait bien libéré ce dernier; pourquoi donc n'en serait-il pas de même en cas de convention de dation en paiement? On conçoit sans doute que le créancier ait voulu acquérir un droit sur l'objet nouvellement promis; mais il faut que cela soit dit formellement ou tout au moins que cela résulte des circonstances; à défaut de volonté connue, il faut présumer que le créancier a voulu permettre au débiteur une libération plus facile, et lui a simplement concédé une *facultas solutionis;* c'est la solution la mieux conforme à la réalité des faits.

30. — Reste un dernier point à préciser. Nous avons dit que notre présomption s'appliquerait dans l'hypothèse où la volonté des parties ne serait pas connue. Quand en sera-t-il ainsi? Comment la volonté des parties pourra-t-elle être connue? Pour écarter la présomption, faudra-t-il une déclaration expresse de volonté, ou bien la volonté des parties

[1] V. 115 *bis*-III, p. 182.

pourra-t-elle être recherchée dans les circonstances de fait qui ont accompagné la convention nouvelle?

Quant au point de savoir si l'intention des parties était de faire une obligation alternative plutôt que de laisser au débiteur une simple faculté, une déclaration expresse de volonté n'est certainement pas nécessaire, et les circonstances de fait pourront suffire à révéler la commune intention du créancier et du débiteur.

Mais il peut y avoir plus de doute sur la question de savoir si les parties ont entendu éteindre définitivement la dette originaire par le seul effet de la promesse nouvelle du débiteur. Ce dernier, quand il voudra prouver que le créancier l'a déchargé au moment de cette promesse, devra-t-il représenter une déclaration expresse émanée du créancier? Je ne le pense pas, et je m'en réfère ici à la règle posée par l'article 1273, tel qu'il est généralement interprété. On s'accorde à reconnaître que ce texte n'exige pas que l'intention de nover soit formellement exprimée dans l'acte qui contient la novation, ni même qu'elle résulte implicitement des termes de cet acte; les juges peuvent admettre des présomptions graves, précises et concordantes, résultant des circonstances et prouvant que les parties ont eu l'intention de faire une novation. C'est le droit commun (art. 1353)[1]. Cette règle doit être appliquée à notre hypothèse; la volonté d'éteindre la dette primitive, chez les parties qui font une promesse de dation en paiement, peut résulter des circonstances.

La raison de douter provient de l'article 1275 qui, prévoyant justement une hypothèse de dation en paiement, exige que le créancier déclare expressément qu'il entend décharger

[1] Demolombe, XXVIII, n° 270, p. 187, et les autorités qu'il cite.

son débiteur. Mais d'abord, on peut soutenir que l'article 1275, sous des termes différents, est une application de l'article 1273[1]. Et même en admettant qu'il y déroge, ce serait tout au moins un texte exceptionnel, et à ce titre, il ne saurait être étendu par analogie en dehors de l'hypothèse spéciale qu'il prévoit. Si nous avons nous-mêmes invoqué l'article 1275 en tant qu'il se borne à faire l'application de l'article 1273, nous nous refusons à adopter sa solution en tant qu'il déroge à ce texte.

En résumé et pour conclure, dans le cas de promesse de dation en paiement, il faut, si les parties ne s'en sont pas expliquées autrement, présumer que le créancier a entendu simplement concéder au débiteur une *facultas solutionis*. Et cette présomption pourrait être écartée par des présomptions graves, précises et concordantes, résultant des circonstances, conformément à l'article 1353.

[1] En ce sens, C. de Santerre, V, 223 *bis*-IV, p. 409. L'opinion générale est que 1275 déroge à 1273 (Aubry et Rau, § 324, note 42, IV, p. 220).

CHAPITRE II.

ÉLÉMENTS DE LA DATION EN PAIEMENT.

31. — Nous allons étudier successivement ici, comme nous l'avons fait en droit romain, les quatre éléments essentiels de la dation en paiement qui sont, nous le savons : .

1° Une dette à éteindre ;

2° Un objet ;

3° Les pouvoirs et la capacité nécessaires ;

4° Le consentement des parties.

Chacun de ces éléments formera l'objet d'une section distincte ; sur beaucoup de points d'ailleurs, les règles à poser sont les mêmes en droit romain et en droit français ; cela restreindra notre tâche, et il arrivera fréquemment que nous nous bornerons à renvoyer à notre thèse romaine.

SECTION I.

De la dette à éteindre.

32. — La dation en paiement suppose une dette existante que le créancier et le débiteur se proposent d'éteindre (arg., art. 1235), et nous dirons ici, comme en droit romain,

qu'*une obligation quelconque* peut donner lieu à la dation en paiement.

Peu importe que l'obligation soit née d'un contrat synallagmatique ou unilatéral; peu importe qu'elle provienne d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi; peu importe qu'il s'agisse d'une opération à titre onéreux ou à titre gratuit; dans tous les cas, une dation en paiement sera possible.

Il pourrait y avoir dation en paiement de l'obligation résultant d'une lettre de change. L'article 143 du Code de commerce dit, il est vrai, que la lettre de change doit être payée dans la monnaie qu'elle indique; mais ce texte est tout simplement une application de l'article 1243; le porteur pourrait parfaitement renoncer au bénéfice de l'article 143 et accepter en paiement des pièces de monnaie autres que celles qu'indique la lettre, ou bien des marchandises, etc.[1].

Peu importe aussi l'objet de la prestation primitivement due. En fait, la dation en paiement est réalisée le plus ordinairement par un débiteur de somme d'argent, par un emprunteur en *mutuum*, par exemple qui, n'ayant pas d'argent à sa disposition, s'acquitte en fournissant à son créancier une chose quelconque qui lui appartient. Mais l'obligation, que l'on veut éteindre, peut consister à donner toute autre chose fongible, ou même à donner un corps certain; elle peut avoir pour objet un fait ou une abstention : la dation en paiement sera dans tous les cas susceptible de s'appliquer à cette obligation.

On pourrait aussi faire dation en paiement d'une dette à terme, avant que l'échéance ne soit arrivée, car on pourrait payer une semblable dette (art. 1186, Civ.). Au contraire,

[1] Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, n° 1205, I, p. 664.

la dation en paiement d'une dette sous condition suspensive ne serait pas valablement faite avant la réalisation de la condition (arg[t], art. 1181, Civ.).

33. — Le débiteur pourrait aussi faire une dation en paiement en l'acquit d'une dette naturelle, car la dette naturelle peut être payée (art. 1235, al. 2). Mais il faut que le débiteur agisse librement et en connaissance de cause, il faut qu'il sache bien qu'il acquitte une dette naturelle, et qu'il ait l'intention d'éteindre cette dette comme telle. La dation en paiement ne serait pas valablement faite, s'il se croyait tenu civilement.

Une question intéressante s'élève ici relativement aux dettes de jeu ou de pari. Peut-on faire une dation en paiement de semblables dettes? D'après l'article 1965, C. civ., le créancier n'a aucune action pour le paiement des dettes de jeu ou de pari; mais si le perdant vient à payer volontairement, ce paiement est valable et ne peut pas être attaqué (art. 1967). La jurisprudence et les auteurs appliquent avec raison l'article 1967, « toutes les fois qu'il y a eu *paiement réel,* emportant extinction de l'obligation, » et par conséquent quand il y a eu dation en paiement[1]. On rapproche donc la dation en paiement du paiement (ce qui vient confirmer notre théorie sur la nature de la dation en paiement), et ce rapprochement est d'autant plus remarquable que les auteurs et la jurisprudence déclarent qu'une dette de jeu ne peut pas être, par voie de novation, convertie en une obligation civilement efficace[2]. Voilà donc un cas où on sépare nettement la dation en paiement de la novation. Si

[1] Cass., 25 janvier 1827, S. 27.1.122; 7 juillet 1869, S. 69.1.461. — Besançon, 27 décembre 1882 et Rennes, 7 décembre 1882, S. 83.2.129, 172. — Aubry et Rau, § 386, t. IV, p. 577.

[2] Cass., 19 décembre 1814, S. 16.1.212; 30 novembre 1826, S. 27.1.66;

l'on était logique, cependant, on devrait décider que la dation en paiement, étant une novation, ne peut pas s'appliquer à une dette de jeu ou de pari; ou se contredit en ne le faisant pas.

Les applications les plus fréquentes de ces idées se présentaient, avant la loi du 8 avril 1885, en matière de marchés à terme. La jurisprudence, antérieurement à cette loi, décidait que les marchés à terme étaient valables en principe, pourvu qu'ils constituassent des opérations sérieuses; si, dans l'intention des parties, ils ne devaient pas recevoir une exécution effective par la livraison des titres et le paiement du prix, si, en un mot, ils devaient se résoudre dans le paiement d'une différence (différence entre le cours des valeurs au jour du marché et le cours au jour de l'échéance), alors il y avait un véritable jeu, et il fallait appliquer les articles 1965 et 1967, C. civ. Le gagnant n'avait aucune action contre le perdant; mais ce dernier pouvait payer valablement, et il pouvait s'acquitter au moyen d'une dation en paiement, réalisée, par exemple, avec des valeurs mobilières; au contraire, il ne pouvait pas souscrire des billets à ordre au profit du gagnant, ni contracter en sa faveur un engagement nouveau, civilement obligatoire.

Aujourd'hui, cet intérêt pratique est singulièrement restreint sans avoir disparu complètement. Aux termes de l'article 1[er], al. 2, de la L. du 5 avril 1885, « nul ne peut, « pour se soustraire aux obligations qui en résultent (des « marchés à terme), se prévaloir de l'article 1965, C. civ., « lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une « simple différence. » Le gagnant aura donc une action

12 avril 1854, S. 54.1.313; 4 décembre 1854, S. 54.1.763; 16 décembre 1879, S. 81.1.421; 12 novembre 1884, S. 84.1.69. — Aubry et Rau, § 297, t. IV, p. 9; § 324, t. IV, p. 213.

contre le perdant et la dette de ce dernier pourrait être novée. Il ne saurait donc désormais être douteux pour personne que l'obligation de celui qui a perdu, dans un marché à terme, peut donner lieu à une dation en paiement. — Cependant, la question peut encore se présenter, même depuis la loi de 1885. Cette loi, d'après l'interprétation admise en pratique, établit simplement une *présomption* de validité des marchés à terme; mais, s'il est démontré que, dès l'origine du marché, l'intention des parties a été de jouer ou de parier, alors l'application des articles 1965 et 1967 pourra encore avoir lieu, et il y aura toujours à se demander si la dation en paiement est possible. Notons d'ailleurs que la jurisprudence se montre très-difficile pour la preuve du jeu ou pari : elle exige, en se fondant sur certains passages des travaux préparatoires de la L. de 1885, que l'intention des parties à cet égard soit prouvée par écrit[1].

34. — Il faut décider enfin que l'on pourrait faire dation en paiement pour une dette annulable ou rescindable. Cette dation en paiement, faite volontairement et en connaissance de cause, constituerait, en effet, une confirmation tacite dans les termes de l'article 1338, al. 2, C. civ. Cette idée semble bien avoir été admise par la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 avril 1835[2]. Dans l'espèce, il y avait eu une offre de dation en paiement faite par le débiteur au créancier; mais cette offre n'avait pas été acceptée. Cela ne peut valoir confirmation, a dit la Cour de cassation. Mais s'il y avait eu acceptation, et par suite convention de dation en paiement, et à plus forte raison dation en paiement réalisée,

[1] V. un arrêt de la Cour de Paris du 6 juin 1885, dans Sirey, 1886, t. II, p. 1, et la note de M. Labbé, sous cet arrêt. — La condition exigée par la jurisprudence nous paraît exagérée.

[2] S. 36.1.37.

on serait en présence d'un acte d'exécution impliquant confirmation.

35. — Une obligation quelconque, civile ou naturelle, ou même annulable, peut donc donner lieu à une dation en paiement, mais il faut nécessairement une obligation à éteindre, de telle sorte que si la dette en vue de l'extinction de laquelle la dation en paiement a été tentée n'existe pas, il n'y a pas dation en paiement. L'article 1235, al. 1 du Code civil, doit être étendu à la dation en paiement; le débiteur aura donc la *condictio indebiti* pour se faire restituer la chose indûment fournie.

L'exercice de la *condictio indebiti,* ici, comme en matière de paiement, est subordonné à la coexistence de deux conditions; il faut, d'une part, qu'il y ait eu dation en paiement indue, d'autre part, qu'il y ait eu erreur de la part du *solvens.* Examinons brièvement ces deux conditions.

36. — 1° *Indebitum.* — Il n'y a pas seulement indû quand la dette n'existe pas; nos textes, à l'exemple du droit romain[1], signalent trois hypothèses où un prétendu débiteur a payé ce qu'il ne devait pas; les deux premières hypothèses sont prévues par les articles 1235 et 1376, la troisième est indiquée par l'article 1377.

1. La dette n'existe pas (art. 1235, 1376), ou bien, ce qui revient au même, elle a été payée; ou encore elle est éteinte par prescription; de même, le débiteur donne en paiement, par erreur, une chose d'une valeur supérieure au montant de sa dette; il y a indû pour tout ce qui excède cette dette, etc.

2. La dette existe, mais le débiteur s'est acquitté envers un autre que le véritable créancier (art. 1376).

3. Enfin (art. 1377), c'est un autre que le débiteur qui a

[1] L. 65, § 9, *De cond. ind.*, 12, 6.

réalisé la dation en paiement, et il a cru l'accomplir pour son compte personnel ; s'il avait agi, en effet, en l'acquit du véritable débiteur, il y aurait dation en paiement valable (arg., art. 1236). Dans ce troisième cas, encore, il y aura lieu à répétition, sauf cependant si le créancier, à la suite de la dation en paiement, avait supprimé son titre (art. 1377, al. 2).

37. — 2° *Erreur chez le solvens,* erreur de fait ou erreur de droit, peu importe[1]. Pothier, il est vrai, n'admettait pas que l'erreur de droit dût être, à cet égard, assimilée à l'erreur de fait[2] ; mais aujourd'hui, tout le monde s'accorde à lui donner la même portée[3].

Il n'y a donc jamais lieu à répétition quand l'indû a été payé en connaissance de cause, volontairement. C'était, nous le savons, la solution romaine, et c'était aussi la solution donnée par Pothier[4]. Aujourd'hui il faut décider de même.

Des auteurs considérables ont fait remarquer cependant que la condition d'erreur n'était exigée formellement que dans le cas prévu par l'article 1377, et qu'on ne pouvait pas pour les deux autres cas suppléer le silence des articles 1235, al. 1er, et 1377[5]. Mais on ne trouve nulle part, dans les travaux préparatoires, l'intention de modifier sur ce point les principes anciens ; bien mieux la nécessité d'une erreur chez le *solvens* y est nettement affirmée (Locré, t. XIII, p.

[1] S'il s'agit d'une dette naturelle ou d'une dette annulable ou rescindable, l'erreur consistera en ce que le débiteur aura cru être tenu d'une dette civilement obligatoire (V. Demolombe, XXXI, nos 286, 287, p. 240).

[2] *Traité du contrat de prêt de consomption*, n° 162.

[3] Demolombe, XXXI, n° 280, p. 236, et les autorités auxquelles il renvoie.

[4] *Loc. cit.*, n° 160.

[5] Marcadé, sur 1376, 1377, n° 1, V, p. 254; C. de Santerre, V, 357 *bis*-III, p. 649.

55). Et la différence de rédaction entre les articles 1376 et 1377 s'explique facilement. Dans le cas prévu par l'article 1377, la condition de l'erreur devait être expressément indiquée ; un tiers peut valablement payer ou faire une dation en paiement en l'acquit du débiteur (art. 1236) ; il ne peut être autorisé à répéter que s'il y a eu erreur de sa part, et il faut plutôt présumer un paiement fait sciemment qu'un paiement fait par erreur. Dans les autres cas, au contraire, l'erreur est plus vraisemblable, et c'est pour cela que l'article 1376 ne la mentionne pas ; une personne paie alors qu'elle ne doit pas : ou bien elle s'est trompée, ou bien elle a agi sciemment ; au premier cas, il y a paiement indû ; au second cas, il y a une véritable libéralité ; il est bien plus naturel de supposer chez le *solvens* l'intention de s'acquitter que la volonté de gratifier l'*accipiens*.

On objecte, qu'il n'y a pas de donation possible en dehors des formes indiquées par la loi (art. 931 et suiv., Civ.) ; et qu'on peut supposer chez le *solvens* une toute autre intention que celle de faire une libéralité. Mais, il est admis en pratique que les donations peuvent être valablement faites sous la forme d'actes à titre onéreux ; elles pourraient donc se déguiser sous l'apparence d'un paiement ou d'une dation en paiement. Et les hypothèses que l'on prévoit pour dire que le *solvens* n'a pas toujours l'intention de faire une libéralité quand il agit sciemment, ces hypothèses sont tout à fait chimériques[1].

38. — Nous n'insistons pas beaucoup sur tous ces points, car les règles dont nous faisons ici l'application, sont particulièrement posées pour le paiement proprement dit. Nous allons maintenant, en étudiant les résultats auxquels aboutit

[1] En ce sens, Aubry et Rau, § 442, IV, p. 728 ; Demolombe, XXXI, nos 276 et suiv., p. 225 et suiv.

la *condictio indebiti,* rencontrer des solutions plus spécialement applicables à la dation en paiement.

A cet égard, le principe est celui que nous avons posé dans notre thèse romaine (n° 45), à savoir que le prétendu débiteur, qui a fait une dation en paiement, obtiendra par la *condictio indebiti* que les choses soient remises en leur état primitif. Il y aurait donc à distinguer suivant les différentes prestations qu'a pu accomplir le *solvens.* Nous nous bornerons ici à examiner l'hypothèse la plus pratique, celle où un corps certain a été donné en paiement. Cette hypothèse se présente surtout en matière de dation en paiement; il sera rare qu'une personne se croie débitrice d'un corps certain, d'un objet déterminé, et qu'elle en fasse un paiement indû. Une dette putative de somme d'argent se comprend bien mieux, et il arrivera assez souvent que le débiteur, pour acquitter cette dette, fournira au créancier un objet mobilier ou immobilier, — de sorte que, pratiquement, les règles de la *condictio indebiti*, en tant qu'elles ont trait aux corps certains, recevront le plus ordinairement leur application en matière de dation en paiement.

Quand le *solvens* agit en répétition de l'indû, les choses doivent autant que possible être remises en leur premier état. Si donc un objet déterminé, meuble ou immeuble, a été donné en paiement, cet objet devra être restitué en nature (art. 1379, C. civ.). Le prétendu créancier pourrait être tenu à raison des pertes ou dégradations que la chose a subies entre ses mains, suivant les distinctions faites par l'article 1379. Il pourrait aussi avoir à réclamer les impenses par lui faites sur cette chose, conformément à l'article 1381. Les fruits produits par la chose sont acquis à l'*accipiens,* s'il est de bonne foi; il doit en rendre compte, au contraire, s'il est de mauvaise foi (art. 1378). Sur tous ces points pas de difficulté sérieuse.

Mais voici que l'*accipiens* a aliéné la chose reçue. Alors, aux termes de l'article 1380, il ne doit restituer que le prix de la vente, s'il est de bonne foi; que s'il est de mauvaise foi, il doit restituer la valeur réelle de la chose, alors même qu'il l'aurait vendue à vil prix, alors même qu'il n'aurait tiré aucun profit de cette aliénation, s'il avait fait une donation, par exemple[1].

39. — La question se pose de savoir si le *tradens* ne pourrait pas revendiquer la chose contre les tiers acquéreurs, et cette question en suppose une autre préalablement résolue : la dation en paiement faite indûment est-elle translative de propriété? L'effet de la dation en paiement n'est pas produit, car il ne peut y avoir extinction d'une dette qui n'existe pas; mais le prétendu créancier n'est-il pas du moins devenu propriétaire? Si oui, il a pu aliéner; si non, il n'a pas pu transférer plus de droits qu'il n'en avait lui-même; le tiers n'est pas devenu propriétaire; la revendication pourra être exercée contre lui[2].

Nous avons constaté en droit romain (n° 45) que la dation en paiement, même faite indûment, était translative de propriété; du moment qu'il y avait eu chez le prétendu créancier volonté d'acquérir la propriété, et chez le prétendu débiteur volonté de transmettre, ce concours de volontés, suivi de la tradition, était suffisant pour que l'*accipiens* devînt propriétaire. La *condictio indebiti* était une action personnelle susceptible d'être exercée seulement contre l'*accipiens*, et non pas contre les tiers auxquels il avait transmis la chose indû-

[1] Aubry et Rau, § 442, note 32, p. 736; Demolombe, XXXI, nos 403, 404, p. 338.

[2] De même si l'*accipiens* a été rendu propriétaire, les droits réels par lui constitués sur la chose fournie en paiement seront maintenus; ils tomberont dans le cas contraire.

ment reçue à titre de paiement. Devenu propriétaire de la chose, l'*accipiens* avait pu valablement en disposer.

Cette doctrine avait passé dans notre ancien droit. Cependant nous trouvons dans Pothier[1] l'idée d'un recours possible du *tradens* contre les tiers acquéreurs. Pothier constate qu'il y a eu transmission de propriété; seulement, il accorde en certains cas une action, qu'il qualifie d'*utilis in rem,* permettant à celui qui a payé ou fait dation en paiement de faire prononcer la rescision de l'aliénation et de revendiquer la chose contre le tiers acquéreur. Cette action, Pothier la donne :

1° Contre celui qui a acquis la chose à titre gratuit, *quia certat de lucro captando,* alors que celui qui a fourni la chose par erreur et indûment *certat de damno vitando.*

2° Contre l'acquéreur même à titre onéreux, s'il est de mauvaise foi, car ayant connu le vice de la chose, ce dernier n'a à s'en prendre qu'à lui-même de la nécessité où il se trouve réduit.

Au contraire, Pothier refuse l'action à l'encontre du tiers acquéreur de bonne foi, qui a fourni la contre-valeur de la chose, et ne peut par conséquent être considéré comme s'étant enrichi aux dépens d'autrui.

Ce sont à peu près les règles admises pour l'existence de l'action paulienne à l'encontre de ceux qui ont traité avec le débiteur.

40. — La solution donnée par le droit romain, et maintenue en principe dans l'ancien droit, doit-elle être encore admise aujourd'hui? Il n'apparaît pas dans les travaux préparatoires du Code civil que l'on ait voulu apporter un changement quelconque à l'ancienne législation. Et cependant la généralité, l'unanimité presque des auteurs mo-

[1] Pothier, *Traité du contrat de prêt de consomption*, 178, 179.

dernes, admet qu'il n'y a pas transmission de propriété, que, par conséquent, l'*accipiens* n'a pu valablement aliéner, d'où cette règle, que la revendication peut être exercée contre les tiers acquéreurs[1].

L'unique argument des auteurs consiste à dire qu'il n'y a pas plus d'aliénation sans cause qu'il n'y a d'obligation sans cause. La cause du paiement ou de la dation en paiement c'est l'extinction d'une dette ; si cette dette n'existe pas, le paiement est sans cause, et par suite aussi l'aliénation. On ajoute que la cause est un élément du consentement; s'il n'y a pas de cause, il n'y a pas consentement et le consentement est aussi indispensable quand il s'agit « d'aliéner que quand « il s'agit de s'obliger[2]. »

Ce raisonnement n'est pas convaincant, car si, en matière de conventions, nous avons un texte qui exige une cause (art. 1108, C. civ.), nous n'avons rien de pareil pour la translation de propriété. L'article 1108, corroboré par l'article 1131, pourrait bien faire considérer comme inefficace une promesse de dation en paiement; mais il n'est pas un obstacle à la validité de la transmission de propriété impliquée par la dation en paiement réalisée. Et il n'y a pas corrélation nécessaire entre les deux idées. Ni le droit romain, ni l'ancien droit, n'exigeaient une cause dans la translation de propriété, et pourtant l'idée de cause s'était déjà fait jour à Rome, dans certains contrats (contrats consensuels), et Pothier, au n° 42 de son *Traité des obligations*, nous dit que l'engagement contracté sans cause, ou sous une fausse cause,

[1] V. notamment Aubry et Rau, § 442, note 37, IV, p. 738; Demolombe, XXXI, nos 405 et suiv., p. 340 et suiv.; Colmet de Santerre, V, 361 *bis*-III, p. 655. — Un seul auteur paraît s'être rangé sans restrictions à la solution ancienne; c'est Zachariæ (cité par Aubry et Rau, *loc. cit.*).

[2] Colmet de Santerre, *loc. cit.*, p. 656.

est nul. De ce qu'une cause est requise en matière de conventions, on n'est pas autorisé à conclure à la nécessité d'une cause pour le transfert de propriété.

41. Mais, pourrait-on dire, la législation depuis Pothier s'est modifiée; un principe nouveau a été admis par le Code civil, c'est le principe de l'article 711 (confirmé par l'art. 1138), d'après lequel la propriété est transmise par le seul effet des conventions, ou plus exactement par le seul effet de la convention. Dans notre droit actuel, quand une personne s'oblige à transférer la propriété d'un corps certain et déterminé, la convention qui donne naissance à cette obligation, opère aussi par elle-même translation de propriété; si l'obligation est sans cause, ou sur fausse cause, ou sur cause illicite, elle est nulle (art. 1131). Donc aussi, la convention est nulle, elle ne peut produire un effet translatif. Dans une législation qui, comme la nôtre, admet que la propriété d'un corps certain est transmise par cela seul qu'il y a obligation de livrer, il faut une cause à la translation de propriété, comme à la formation de l'obligation.

Pour répondre à cette objection, il n'y a qu'à se rendre bien compte de la portée exacte du principe nouveau des articles 711 et 1138.

Le droit romain avait distingué deux sortes de causes :

1° La *cause finale* ou *impulsive*, c'est-à-dire le but poursuivi par les parties quand elles font une aliénation. Par cette aliénation elles peuvent vouloir réaliser une vente, une donation, un paiement, une dation en paiement, etc.

2° La *cause efficiente*, c'est-à-dire le fait juridique qui opère translation de propriété, mancipation, tradition, etc.

Or cette dernière cause seule était requise, et la première pouvait ne pas exister, être simplement putative; je n'en veux pour preuve que la nature même de la *condictio indebiti*,

action personnelle en restitution, accordée au débiteur putatif, qui avait fait indûment un paiement ou une dation en paiement.

Il fallait qu'il y eût une cause efficiente pour que la propriété fût transmise; cette cause, c'était ordinairement la tradition. La tradition impliquait deux éléments : le consentement des parties, la remise matérielle de la chose. Si le premier de ces éléments s'est maintenu jusqu'à nos jours, s'il faut toujours chez le *tradens* volonté d'aliéner, chez l'*accipiens* volonté d'acquérir, on sait, au contraire, que peu à peu la remise matérielle de la chose ne fut plus exigée. Nous n'avons pas à exposer la marche de la législation sur ce point; nous constatons seulement que, dans le dernier état de notre ancien droit, en cas d'aliénation d'une chose déterminée, la livraison de la chose était censée faite, par cela seul qu'il y avait eu dans la convention insertion d'une clause de dessaisine-saisine. Cette clause, qualifiée par nos anciens auteurs de tradition feinte, devenue de style dans les contrats, valait tradition, si bien que, dès notre ancien droit, on avait pu dire : « La propriété est transmise dès le mo-« ment que le contrat est parfait et accompli[1]. » Qu'ont fait les rédacteurs du Code civil? Ils ont simplement *sous-entendu dans les contrats la clause de dessaisine-saisine, devenue de style.* Leur pensée nous est révélée à cet égard par la rédaction même de l'article 1138 : la tradition, la remise matérielle de la chose n'a pas besoin d'être effectuée; elle est tenue pour accomplie (parfaite, dit l'art. 1138, *perfecta*), en vertu du seul consentement.

Ainsi, la modification apportée dans notre législation par les articles 711 et 1138 se borne à ceci : elle porte unique-

[1] Argou, *Instit. au droit français*, liv. III, ch. 23, t. II, p. 243.

ment sur la cause efficiente de la translation de propriété; désormais, il n'est plus besoin de la remise matérielle de l'objet aliéné; la convention à elle seule est la cause efficiente de la translation de propriété. Et la législation antérieure sur la cause impulsive reste intacte; aujourd'hui comme autrefois, l'existence de cette cause n'est pas requise; elle peut être putative. Donc, à notre point de vue spécial, si une personne a fourni une chose en paiement, se croyant à tort débitrice, l'erreur où elle s'est trouvée n'est pas un obstacle à la translation de propriété.

42. — Une autre objection a été tirée encore du principe des articles 711 et 1138. Soit, a-t-on dit, l'*accipiens* a été rendu propriétaire; mais comme cette propriété lui était acquise indûment, il naissait en même temps à sa charge une obligation de retransférer la propriété au *tradens;* cette obligation a emporté par elle-même translation de propriété, de telle sorte que la propriété n'a résidé sur la tête de l'*accipiens* qu'un instant de raison, pour revenir immédiatement sur la tête du *tradens.*

Ce raisonnement est très-spécieux; cependant, il tombe devant l'observation suivante : ce que notre loi admet, c'est que la translation de propriété résulte du seul consentement; il y a, dans tout contrat ayant pour objet de donner un corps certain, une clause de dessaisine-saisine qui est sous-entendue. Or, ceci ne peut être vrai qu'autant qu'il y a contrat, qu'autant qu'il y a obligation conventionnelle. Ici, au contraire, l'obligation de donner, qui existe à la charge de l'*accipiens,* a sa source dans un quasi-contrat; il n'y a pas possibilité de sous-entendre une clause de dessaisine-saisine en faveur du *tradens;* cette clause ne se conçoit que dans les obligations nées d'une convention.

43. — Dans l'opinion généralement admise, on est logi-

quement amené à ne tenir aucun compte de l'article 1380. Ce texte règle les rapports entre le *tradens* et l'*accipiens*, au cas d'aliénation par ce dernier de la chose indûment fournie à titre de paiement, et il décide que l'*accipiens* de bonne foi n'est tenu qu'à la restitution du prix d'aliénation. Si l'on admet que le *tradens* est resté propriétaire, il pourra revendiquer la chose contre le tiers acquéreur; celui-ci va donc se trouver évincé, et il aura un recours en garantie contre son vendeur, recours grâce auquel il obtiendra réparation de tout le préjudice causé par l'éviction (art. 1630). L'*accipiens* de bonne foi sera ainsi contraint indirectement à opérer une restitution supérieure à celle que lui impose l'article 1380. Il est inadmissible qu'il puisse subir par voie indirecte un dommage qui ne saurait l'atteindre directement.

L'objection est si pressante, que la plupart des auteurs dont nous parlons ne poussent pas leur doctrine jusqu'au bout, et ils y apportent ce tempérament, que le *solvens*, quand il revendique contre le tiers détenteur, doit prendre à sa charge les dommages et intérêts auxquels le tiers acquéreur pourrait avoir droit en sus de la restitution de son prix; il doit payer la différence entre le prix de vente (montant de la restitution à faire par l'*accipiens* de bonne foi) et le montant des indemnités qui pourraient être dues à l'acquéreur évincé[1]. Avec ce tempérament, on arrive à ce résultat que si le *solvens* refuse ou n'est pas en état de payer les indemnités qui pourraient être dues au tiers acquéreur en sus de la restitution de son prix, son action en revendication ne doit pas être admise; cette action triompherait, au contraire, si l'*accipiens* était de mauvaise foi, car alors on ne serait plus gêné par la disposition de l'article 1380. C'est là, il faut l'avouer,

[1] V. notamment Demolombe, XXXI, n° 418, p. 352 et suiv.

un résultat bien singulier. Si le *tradens* est resté propriétaire, il doit pouvoir revendiquer dans tous les cas.

44. — Notre système, d'après lequel le *tradens* n'étant pas resté propriétaire, ne peut pas revendiquer contre les tiers acquéreurs, est d'accord avec l'équité et avec l'utilité pratique, et c'est là surtout ce qui doit nous déterminer. Nous supposons deux personnes en présence, le *tradens* et le tiers acquéreur. Le premier, il est vrai, a payé par erreur, mais il n'en a pas moins une grave imprudence à se reprocher. Le second, au contraire, est à l'abri de tout reproche; il ne doit pas pouvoir être inquiété. Et en effet, il avait juste sujet de croire son vendeur propriétaire; en consultant le titre d'acquisition de ce dernier, il a constaté que le bien lui avait été transmis à titre de dation en paiement. Avait-il à contrôler la réalité de cette cause? Devait-il s'inquiéter de savoir si la dette existait ou non? Je ne saurais le croire; ce serait lui imposer des recherches longues, pénibles, impossibles même. Comment, en effet, pourrait-il connaître la vérité, puisque celui qui avait fait le paiement ou la dation en paiement s'est lui-même trompé? C'était à ce dernier à savoir s'il était ou n'était pas débiteur; tant pis pour lui s'il a commis une erreur. La seule chose dont le tiers acquéreur ait à se préoccuper, c'est de savoir si son auteur a un titre de propriété régulier, a acquis la chose de celui qui en était auparavant propriétaire. Voilà tout ce qu'il peut constater; ce n'est pas affaire à lui de rechercher la réalité de la cause impulsive de l'aliénation primitive. Décider autrement c'est mettre obstacle à bien des transactions, à bien des aliénations, et aller par suite à l'encontre de l'utilité sociale. Quelle personne voudra acquérir, si elle est exposée à voir ainsi contester la propriété de son auteur, sans avoir pu se prémunir contre la possibilité d'une telle contestation? Notre

loi admet bien assez de causes de résolution de la propriété; ce n'est pas la peine d'en ajouter de nouvelles.

45. — Telle est la solution que nous admettons en principe : celui qui, par erreur, a fait un paiement ou une dation en paiement indue, celui-là n'a pas de recours à exercer contre les tiers acquéreurs. Mais ce principe ne va pas sans limitations. Il faudra l'écarter, en effet, quand les motifs que nous venons de donner ne s'appliqueront plus; et d'un autre côté, il y aura toujours à tenir compte du grand principe d'équité que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui.

De tout cela il résulte que nous ne refuserons au *solvens* le droit d'agir, qu'autant qu'il se trouvera en présence d'un *acquéreur à titre onéreux de bonne foi.* Si d'abord le tiers acquéreur est un donataire, comme il n'a fait aucun sacrifice pour s'assurer la propriété de la chose, il serait injuste qu'il ne fût pas tenu dans les limites au moins de son enrichissement; ici c'est le *solvens* qui doit être préféré, *nam certat de damno vitando,* tandis que lui, donataire, *certat de lucro captando.* Et si ce tiers est un acquéreur à titre onéreux de mauvaise foi, son intérêt ne doit pas prévaloir contre l'intérêt du *solvens,* que nous supposons dans l'erreur; nous avons fondé notre solution sur ce que le tiers acquéreur n'avait pas pu savoir que l'acquisition de celui qui avait reçu la dation en paiement manquait de cause; s'il a eu connaissance de ce fait, il doit être exposé à un recours de la part du *solvens :* c'est celui-ci qui est alors le plus digne d'intérêt.

En résumé, il faut en revenir aux solutions si simples et si équitables données par Pothier (*suprà,* n° 39). Remarquons que ce sont les décisions auxquelles notre jurisprudence moderne semble s'être arrêtée en matière d'aliénations faites par un héritier apparent : d'après cette jurisprudence, le véritable héritier est tenu de respecter seulement les actes de dis-

position à titre onéreux accomplis par l'héritier apparent en faveur de tiers acquéreurs de bonne foi[1].

46. — Cette limitation est la seule qui doive être apportée à l'application de notre principe. Nous ne distinguerons donc pas, comme l'ont fait plusieurs auteurs[2], suivant que celui qui a reçu le paiement ou la dation en paiement indue est de bonne ou de mauvaise foi. Du moment que le tiers acquéreur à titre onéreux est de bonne foi, il ne doit pas pouvoir être inquiété, alors même que l'*accipiens,* son auteur, serait de mauvaise foi. Cette mauvaise foi ne peut avoir aucune influence sur les rapports du *solvens* et du tiers acquéreur; ce dernier n'en est pas moins à l'abri de tout reproche, tandis que l'imprudence du *solvens* est la même dans l'une et l'autre hypothèse. Au point de vue juridique, les partisans de cette distinction sont obligés de dire qu'à la suite du paiement ou de la dation en paiement indue, l'*accipiens* de mauvaise foi n'est pas devenu propriétaire, et ils invoquent à l'appui de cette idée le texte même de l'article 1380. Mais tout ce qu'on est autorisé à conclure de l'article 1380, c'est que les restitutions à faire par l'*accipiens* de mauvaise foi, au cas d'aliénation, peuvent se trouver supérieures au montant du prix de vente; il n'en résulte pas du tout que cet *accipiens* ne soit pas devenu propriétaire. Le droit romain avait posé en principe que la mauvaise foi de l'*accipiens* n'est pas un obstacle à la translation de propriété[3]. En l'absence de toute indication dans nos lois, ce principe doit être admis encore aujourd'hui.

D'un autre côté, que ce soient des meubles ou des immeubles qui aient été donnés en paiement, notre solution doit

[1] V. les arrêts cités dans Aubry et Rau, § 616-5°, note 32, VI, p. 437 et suiv.

[2] Delvincourt, III, p. 681; Toullier, XI, nos 97 et suiv., p. 122 et suiv.

[3] V. les LL. 43, § 1, et 80, § 6, D. *De furtis,* 47, 2.

recevoir son application. Remarquons d'ailleurs que les auteurs qui accordent au *solvens* le droit d'agir contre les tiers acquéreurs, sont bien obligés de tenir compte de la règle *en fait de meubles possession vaut titre* (art. 2279) et ils décident que le tiers acquéreur de bonne foi d'un meuble corporel, protégé par la disposition de l'article 2279, ne pourrait pas être inquiété par celui qui a payé ou fait dation en paiement par erreur[1]. Nous ne faisons que généraliser leur décision sur ce point, en nous plaçant, il est vrai, à un autre point de vue. Il pourrait y avoir lieu, même dans notre opinion, à appliquer l'article 2279. Pour nous, il n'y a que les acquéreurs à titre onéreux de bonne foi qui soient à l'abri de toute réclamation de la part de celui qui a fait le paiement ou la dation en paiement indue. Si donc nous supposons un donataire d'un meuble corporel fourni à titre de paiement, ce donataire ne sera pas protégé par notre solution ; mais il pourra, s'il est de bonne foi, invoquer la règle de l'article 2279.

47. — Un débiteur de 100, croyant devoir 200, donne en paiement à son créancier un immeuble qui vaut 200. Que vont décider dans cette hypothèse les auteurs qui n'admettent pas que l'*accipiens* devienne propriétaire de la chose indûment payée? Diront-ils que le créancier n'a acquis que la moitié de l'immeuble, et que le débiteur, resté propriétaire de l'autre moitié, pourra la revendiquer? Diront-ils que le créancier n'est devenu propriétaire pour aucune partie, et que le débiteur pourra revendiquer tout l'immeuble, sauf à acquitter le montant réel de sa dette? Cette dernière solution est inadmissible dans ce système, car pour la moitié de la valeur de l'immeuble, il existe une cause finale de la transmission de la propriété. Le créancier et le débiteur vont

[1] V. par exemple Demolombe, XXXI, n° 414, p. 346.

donc se trouver *ipso facto* dans l'indivision, contre leur gré peut-être.

Dans notre opinion, nous savons quelle solution doit être donnée : le créancier est devenu propriétaire de la totalité de l'immeuble; il n'y a pas indivision. Mais comme cette indivision serait à craindre, si l'action du débiteur ne tendait qu'à la restitution de la moitié de l'immeuble, Ulpien décide qu'il pourra le répéter pour le tout, sauf à payer ce qu'il doit réellement (L. 26, §§ 4 et s., *De cond. ind.*, 12, 6) [1].

48. — Nous avons jusqu'à présent supposé une dation en paiement accomplie sans cause, sur une cause imaginaire. Il se peut qu'il y ait véritablement une cause, mais que cette cause soit contraire aux lois, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. L'obligation qui aurait été contractée dans ces conditions serait nulle; la dation en paiement faite en l'acquit de cette obligation serait inefficace, et la prestation fournie pourrait être réclamée grâce à une *condictio ob turpem vel injustam causam*.

Cette action est certainement accordée dans le cas où la dation en paiement est immorale ou illicite seulement de la part de l'*accipiens*. Mais il y a doute dans l'hypothèse où l'atteinte à la loi ou aux bonnes mœurs provient à la fois du *tradens* et de l'*accipiens*. Alors, et s'agissant du paiement, le droit romain refusait toute action au *tradens*, et c'est en ce sens que décidaient aussi nos anciens auteurs conformément à l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* [2]. La jurisprudence et la majorité des auteurs admettent encore aujourd'hui cette solution, et avec raison, car rien ne nous autorise à penser que le législateur ait voulu

[1] V. *Thèse romaine*, nos 46 et suiv.

[2] L. 3, D. *De cond. ob temp.*, 12, 5; Pothier, *Obligat.*, no 43 *in fine*.

abandonner la solution traditionnelle[1]. Nous refusons donc la répétition quand il y a *turpitudo ex utrâque parte,* et cette solution doit être appliquée à la dation en paiement aussi bien qu'au paiement.

Dans l'hypothèse où la *condictio ob turpem vel injustam causam* est donnée, la condition d'erreur n'est pas exigée. Alors même que la dation en paiement aurait été faite sciemment, la répétition devrait être admise, car il ne peut dépendre de la volonté de celui qui paie « de rendre légi- « time et efficace une cause réprouvée par la loi[2]. » — D'ailleurs l'action est purement personnelle comme la *condictio indebiti,* et elle ne se donnerait pas contre les tiers acquéreurs : la cause illicite ou immorale, n'est pas plus que la cause putative, un obstacle à la transmission de propriété : l'*accipiens,* rendu propriétaire, a pu valablement aliéner.

49. — Il se peut, — c'est un dernier ordre d'idées, — que la dation en paiement, au moment où elle est accomplie, ait véritablement une cause, et que pourtant elle soit inefficace. Cela se présentera dans deux hypothèses :

1° Au moment de la dation en paiement, il y avait une dette, mais cette dette a cessé d'exister. Par exemple, c'est une dette sous condition résolutoire qui a été payée; la condition accomplie, la dette est considérée comme n'ayant jamais existé; la dation en paiement en l'acquit de cette dette reste sans cause; la chose fournie pourra être répétée.

2° La dation en paiement a été faite en vue d'une cause

[1] Cass., 15 déc. 1873, S. 74.1.241; Caen, 29 juillet 1874, S. 75.2.298; Cass., 26 mars 1877, S. 78.1.456. — Paris, 14 janvier 1881, S. 81.2.51; Aubry et Rau, § 442 *bis,* note 8, p. 741 et les autorités qu'ils citent. — *Contrà,* Demolombe, XXXI, 434 et suiv., p. 368; C. de Santerre, V, 49 *bis*-IV, p. 62.

[2] Aubry et Rau, *loc. cit.,* p. 740 à la note.

future qui ne s'est pas réalisée. Nous verrons, par exemple, que la remise de valeurs faite à un agent de change par son client, en couverture de ce qu'il pourrait lui devoir à l'occasion d'opérations de bourse, constitue un paiement ou une dation en paiement anticipée. Si la créance de l'agent de change ne se réalise pas, la dation en paiement doit être considérée comme non avenue, et l'agent de change aura à restituer les valeurs fournies.

Dans ces deux cas, il ne peut être question d'erreur. La dation en paiement a lieu sciemment, mais celui qui paie n'entend le faire qu'à la condition que la cause existante subsistera ou que la cause future se réalisera. Si cette condition vient à défaillir, la dette sera considérée comme n'ayant pas existé, le *solvens* pourra agir en répétition.

Mais quelle sera son action? On dit : c'est une *condictio sine causâ*. Je ne le crois pas, et pour moi, ici, nous sommes en présence d'une véritable revendication. La translation de propriété qui s'était opérée doit être, en effet, considérée comme rétroactivement anéantie. Il y a eu sans doute, chez le *solvens* intention d'aliéner, chez l'*accipiens* intention d'acquérir; mais le *solvens* n'entend aliéner que sous la condition de voir subsister la cause existante, de voir se réaliser la cause future, et l'*accipiens* ne peut pas avoir la volonté d'acquérir plus que cela. L'aliénation, comme la dation en paiement qui l'implique, est conditionnelle, *dans l'intention des parties*[1]. Si la condition ne s'accomplit pas, la translation de propriété doit être considérée rétroactivement comme n'ayant pas été accomplie. Par suite, dans les deux hypothèses que nous avons prévues, le *solvens*, qui sera considéré comme n'ayant

[1] Dans les cas précédents au contraire (absence de cause, cause illicite ou immorale), l'intention des parties était bien d'aliéner et d'acquérir sans condition.

pas cessé d'être propriétaire, aura l'action en revendication, et il pourra l'exercer contre les tiers acquéreurs.

50. — Les solutions que nous avons admises dans cette section sont tout à fait d'accord avec la théorie que nous avons adoptée sur la nature juridique de la dation en paiement. Cette opération n'étant autre chose qu'une simple modification du paiement proprement dit, il est naturel de lui appliquer les règles du paiement. Mais ces solutions devraient être tout autres pour ceux qui considèrent la dation en paiement comme une vente suivie de compensation. L'existence ou la validité d'une dette antérieure est en effet sans influence sur l'existence ou la validité de la vente. Qu'il y ait ou non dette valable, les trois éléments constitutifs de la vente, chose, prix, consentement, ces trois éléments n'en existent pas moins. Il y a vente, et par conséquent, le créancier a définitivement acquis la chose à titre d'acheteur; le débiteur ne pourra donc pas la répéter. Seulement comme la dette n'existait pas ou n'était pas valable, il n'a pas pu y avoir compensation du montant de cette dette avec le prix de vente; le débiteur, qui joue le rôle de vendeur, aura une action en paiement de ce prix, l'action *ex vendito ad pretium consequendum*. Pothier, nous l'avons vu, signalait déjà à cet égard une différence entre la vente et la dation en paiement.

Tous les auteurs modernes appliquent ici les règles de paiement, et notamment les règles sur la répétition de l'indû. De la part de ceux qui voient dans la dation en paiement une vente suivie de compensation (Troplong, Laurent), il y a là une contradiction véritable.

SECTION II.

Quelles choses peuvent être données en paiement.

51. — En droit français, comme en droit romain, le débiteur peut donner en paiement une chose quelconque, meuble ou immeuble, objet corporel ou incorporel; il peut accomplir un fait positif ou un fait négatif. En un mot, toute prestation qui peut être l'objet d'une obligation peut être fournie à titre de dation en paiement. Seulement, comme la dation opère *re,* il faut que cette prestation puisse procurer au créancier une satisfaction. Du moment que le créancier aura été *satisfait* en quelque façon que ce soit, il y aura dation en paiement, et, par suite, extinction de la dette.

Appliquons ceci successivement aux objets corporels, aux créances, aux faits.

52. — 1° *Choses corporelles.* — Pratiquement, la dation en paiement est la plus ordinairement réalisée au moyen de la transmission au créancier d'un meuble ou d'un immeuble appartenant au débiteur. Mais le débiteur pourrait non seulement transférer la propriété d'un bien qui lui appartient, mais encore constituer sur ce bien un droit réel quelconque, usufruit, servitude, etc., au profit du créancier : ces droits sont en effet de nature à procurer au créancier une satisfaction suffisante.

Il y aurait encore possibilité pour le débiteur de satisfaire le créancier, en lui procurant un droit réel dont il est lui-même titulaire sur la chose d'autrui, par exemple le droit d'usufruit qui lui appartient sur tel immeuble dont Paul est nu-propriétaire. Ce n'est pas seulement l'émolument de l'usufruit qui serait ainsi cédé, comme en droit romain, ce

serait le droit lui-même (argument, art. 595, C. civ.). L'usufruit d'ailleurs continue de résider dans une certaine mesure sur la tête du débiteur, et notamment il s'éteindrait par sa mort, et non par celle du créancier cessionnaire.

Nous devons remarquer cependant que le titulaire d'un droit d'usage ou d'un droit d'habitation ne pourrait pas éteindre une dette en cédant ce droit (art. 631, 634, C. civ.); et la même solution s'impose pour les servitudes prédiales existant au profit d'un fonds du débiteur; qualités du fonds dominant, les servitudes prédiales n'en peuvent être détachées pour être reportées sur un autre fonds[1].

Il faut d'ailleurs que la chose donnée en paiement soit dans le commerce (art. 1128, C. civ.); mais ce pourrait être une chose future aussi bien qu'une chose déjà existante. Nous n'avons sur tous ces points qu'à renvoyer au droit commun des articles 1126 à 1130 du Code civil.

53. — 2° *Créances.* — Peuvent être données en paiement des créances quelconques sur des tiers, quelle que soit leur nature, quelle que soit leur origine, qu'elles soient civiles ou commerciales, qu'elles soient nées d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, qu'elles consistent à procurer une somme d'argent, ou un corps certain, ou qu'elles tendent à l'accomplissement d'un fait. C'est ainsi qu'un débiteur pourrait céder en paiement à son créancier son droit au bail, lequel constitue une créance contre le bailleur.

La créance pourrait être litigieuse; la cession en paiement en serait valable, et on sait qu'alors la faculté de retrait n'est pas donnée au débiteur cédé (art. 1701, C. civ.).

Il faut d'ailleurs d'une part que la créance existe, et d'autre part qu'elle puisse faire l'objet d'une cession.

[1] Aubry et Rau, § 230, note 58, II, p. 491.

La créance cédée en paiement doit exister dès à présent; cela est évident, car autrement le créancier n'obtiendrait aucune satisfaction, et l'ancienne dette devrait être considérée comme subsistant toujours. La créance d'ailleurs pourrait être à terme; ce pourrait même être une créance sous condition suspensive ou sous condition résolutoire ; seulement la dation en paiement serait alors conditionnelle, et si la condition venait plus tard à défaillir (condition suspensive) ou à se réaliser (condition résolutoire), l'ancienne dette serait à considérer comme n'ayant jamais été éteinte, et le créancier pourrait en exiger le paiement.

La créance transmise à titre de paiement pourrait-elle être une créance annulable ou rescindable? C'est assez douteux. La dation en paiement opère *re;* elle suppose une satisfaction matérielle procurée au créancier; celui-ci pourrait, sans doute, se contenter d'une créance annulable ou rescindable; mais la question est précisément de savoir si une telle créance constitue une prestation suffisante pour que l'on puisse dire : nous sommes en présence d'une dation en paiement. La dette est éteinte, sans doute, si les parties l'ont ainsi voulu; mais n'y a-t-il pas plutôt remise de dette que *datio in solutum?*

Le même raisonnement doit être fait pour une créance naturelle; l'efficacité de cette créance dépend uniquement de la volonté du débiteur; le créancier cessionnaire n'a pas d'action pour le contraindre à payer; l'avantage qui lui est procuré est si peu sûr, qu'il est plus exact de dire : il y a remise de dette et non pas dation en paiement.

Le droit de créance doit, en outre, pouvoir faire l'objet d'une cession valable. On ne pourrait donc céder en paiement des droits éventuels dans une succession non ouverte (art. 791, 1130, 1600, C. civ.). On ne pourrait pas céder non

plus une pension militaire ou civile, une pension dans la légion d'honneur, un traitement de réforme, etc.[1]. De même les traitements des fonctionnaires civils, les traitements d'activité des militaires ne pourraient être délégués en paiement à des créanciers, dans la mesure au moins de leur insaisissabilité[2].

Pourrait-on déléguer à son créancier le droit que l'on a de réclamer des aliments? La créance d'aliments, qu'elle résulte d'une disposition de la loi ou d'un acte de libéralité, est insaisissable (art. 581, C. pr. civ. — Cpr. art. 1004, C. pr. civ.). Elle doit être de même incessible, car ce que le créancier ne pourrait obtenir par voie de saisie, il ne doit pas pouvoir l'obtenir par voie de dation en paiement. La protection que la loi a voulu accorder au créancier d'aliments serait insuffisante, s'il pouvait céder sa créance à un titre quelconque, même pour couvrir le montant d'une dette dont il est tenu[3]. Cette solution d'ailleurs comporte une limitation; s'il s'agissait d'un créancier à raison d'aliments, boulanger, restaurateur, etc., la délégation de la créance d'aliments pourrait lui être faite; cette créance alors ne serait pas détournée de sa destination.

Une difficulté particulière peut encore être prévue. D'après l'article 450, alinéa 3, *in fine*, Code civil, le tuteur ne peut accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille; mais une créance contre le pupille ne pourrait-elle pas

[1] L. 11 avril 1831, art. 28; L. 18 avril 1831, art. 30; L. 9 juin 1853, art. 26; Arrêté des consuls du 7 thermidor an X, art. 2; Avis du Cons. d'État du 23 janvier 1808. — *Adde*, 580, Pr. civ. — L'article 2 de l'arrêté du 7 thermidor an X, s'exprime ainsi : « Il ne sera reçu à l'avenir au Trésor public aucune signification de transport, cession ou *délégation* de pension à la charge de la République. »

[2] L. 19 pluviôse an VIII; L. 21 ventôse an IX.

[3] Cf. Aubry et Rau, § 359, note 18, IV, p. 423.

lui être donnée en paiement par son débiteur? Les auteurs se prononcent pour la négative[1]; cependant le motif de la prohibition de l'article 450, al. 3, étant d'empêcher le tuteur de spéculer aux dépens de son pupille, ce motif ne s'applique pas à notre hypothèse, où aucune spéculation n'est à craindre. Décider en sens contraire, c'est peut-être empêcher le tuteur d'obtenir le paiement de sa créance (*adde* arg. analogie, art. 1701).

54. — 3° *Faits.* — Le débiteur, enfin, peut se libérer par l'accomplissement d'un fait. Il peut, par exemple, travailler pour le créancier, faire un tableau, accomplir un voyage, soigner le créancier en sa qualité de médecin, etc., etc. Le fait doit procurer au créancier un avantage pécuniaire appréciable. Le plus souvent, il y aura estimation du fait; il sera convenu, par exemple, que le débiteur travaillera chez le créancier, à tant la journée, jusqu'à son entière libération.

Le fait, d'ailleurs, doit être licite, n'avoir rien de contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. C'est l'application du droit commun.

55. — Ici, comme en droit romain, nous devons signaler des conditions spéciales relatives à l'objet de la dation en paiement. Il faut :

1° Que la prestation fournie soit différente de la prestation due;

2° Que le créancier ait reçu la satisfaction sur laquelle il était en droit de compter.

Mais ce sont là les seules conditions requises, et notamment il ne serait pas besoin d'une *estimation* de la chose donnée en paiement. Le débiteur, par exemple, fournit en paiement d'une dette de tant un immeuble déterminé. Il ne sera pas nécessaire que l'acte de dation en paiement contienne l'esti-

[1] Aubry et Rau, § 166, I, p. 473; Demolombe, VII, n° 762, p. 533.

mation de cet immeuble, et fixe sa valeur à tant. On peut très bien concevoir une dation en paiement faite pour ainsi dire à forfait, sans aucune indication de la valeur de la chose fournie. Notre loi semble cependant indiquer le contraire dans les articles 1501 et 1502, et dans l'article 2078, textes qui prévoient des hypothèses de dation en paiement.

Quand un époux déclare mettre son mobilier en communauté jusqu'à concurrence d'une certaine somme (art. 1500, al. 2), l'article 1503 décide implicitement que le mobilier présent et futur de cet époux tombe dans la communauté, sauf récompense pour tout ce dont la valeur de ce mobilier excède le montant de la somme promise. On explique généralement cette décision, en disant que l'époux, débiteur de la somme qui constitue son apport, s'est acquitté envers la communauté en lui faisant dation en paiement de son mobilier (*infrà*, n° 126). Or, il résulte des articles 1501, 1502, que la valeur de ce mobilier doit être estimée, de telle sorte que l'on pourrait soutenir qu'il y a là l'application d'une règle générale de la dation en paiement. Mais la décision du texte s'explique suffisamment par des considérations spéciales. Il ne suffirait pas de dire, comme le fait l'article 1501, que l'époux doit justifier de son apport et prouver que la valeur du mobilier donné en paiement égale le montant de la somme promise; c'est là un motif général qui serait applicable à toute dation en paiement. Mais nous ne devons pas oublier que l'époux n'est pas seulement un débiteur; il est aussi *créancier* de récompense, d'après l'article 1503; il faut une estimation pour déterminer le montant de la créance de l'époux contre la communauté. Il est évident que dans les conditions ordinaires où la dation en paiement se présente, une telle considération n'aurait pas à intervenir.

Quant à l'article 2078, al. 1[er], il est moins probant encore.

Il vise, nous le verrons, une hypothèse où il y a dation en paiement forcée pour le débiteur; il est tout naturel alors que le débiteur ne soit dépouillé de sa chose que pour une valeur égale au montant de sa dette; une estimation est donc indispensable; elle ne le serait pas dans les hypothèses ordinaires.

Pratiquement, l'estimation de la chose donnée en paiement sera très-souvent faite; elle n'aura pas pour effet de transformer la nature de l'opération, qu'il faut toujours considérer comme un mode de paiement et non comme une vente. Mais l'estimation implique cette condition : le créancier n'entend libérer le débiteur qu'autant que la valeur promise lui est bien et dûment fournie, de telle sorte que si la valeur de la chose est en réalité trouvée inférieure à la somme indiquée par le débiteur comme représentant cette valeur, le créancier peut faire considérer la dation en paiement comme non avenue, et, en restituant la chose, exiger le paiement de sa créance primitive. Nous avons suffisamment développé tous ces points dans notre thèse romaine pour n'avoir pas besoin d'y revenir ici (*Thèse romaine,* n^{os} 58 et suiv.).

Il n'est pas nécessaire non plus que la valeur de la chose donnée en paiement soit sensiblement égale au montant de la dette à éteindre. Si cette chose vaut moins, le créancier, qui s'en est contenté, ne pourra pas exiger un paiement supplémentaire; si elle vaut plus le débiteur ne pourra pas répéter la partie qui excède le montant de sa dette (*Thèse romaine,* n^{os} 64 et suiv.). Dans ce deuxième cas, le débiteur ne pourrait même pas demander la rescision de l'opération pour cause de lésion, alors même que la chose donnée en paiement serait un immeuble et que la lésion dépasserait les sept douzièmes de la valeur de cet immeuble. La lésion, dans

notre droit, n'est pas une cause de rescision des actes juridiques, sauf dans certains cas déterminés, la vente d'immeubles notamment, quand cette lésion excède les sept douzièmes (art. 1674, C. civ.). Mais la dation en paiement n'est pas une vente, et on n'est pas autorisé à étendre une disposition toute d'exception. — Il est évident d'ailleurs que ceux qui admettent en notre matière l'idée de vente, n'hésitent pas à appliquer à la dation en paiement la solution de l'article 1674. Nous ne saurions quant à nous aller jusque-là.

Laissant de côté ces deux points particuliers, et renvoyant au surplus aux développements donnés à cet égard dans notre thèse romaine, étudions successivement chacune des deux conditions relatives à l'objet que nous avons indiqué.

56. — Il faut d'abord, avons-nous dit, que la prestation fournie soit différente de la prestation due, et cela est évident puisqu'autrement il y aurait non pas dation en paiement, mais paiement véritable. Cette condition si simple peut cependant donner lieu à quelques difficultés.

Le plus ordinairement, c'est une somme d'argent qui est due, et le débiteur s'acquitte en transférant au créancier un meuble ou un immeuble dont il est propriétaire. On peut supposer encore qu'un corps certain étant dû, le débiteur fournit à la place un autre corps certain ou une chose fongible, qu'une chose fongible étant due le débiteur donne à la place une chose fongible d'une autre espèce, par exemple du blé au lieu de vin, etc., etc.

Ici nous voyons apparaître une difficulté. Je vous dois une somme de tant, et vous acceptez en paiement du blé ou toute autre denrée dont le prix est réglé par des mercuriales. D'après l'article 1291, al. 2, C. civ., la compensation légale serait possible entre deux dettes ayant pour objet l'une une somme d'argent, l'autre des denrées. Or, qu'est-ce que la

compensation légale, sinon un double paiement réciproque? Donc, pourrait-on dire, le débiteur d'une somme d'argent, qui s'acquitte au moyen de denrées, fait un véritable paiement [1]. Mais l'article 1291, al. 2, est universellement présenté comme une exception au principe posé par l'article 1243; aucun des deux créanciers n'est en effet payé de ce qui lui était dû[2]. Et il n'est pas douteux que le débiteur d'une somme d'argent, qui paie avec du blé, ne donne *aliud pro alio*, ne fasse une dation en paiement. Dans l'opinion contraire, il faudrait aller jusqu'à dire que ce débiteur pourrait obliger son créancier à recevoir du blé en l'acquit de sa dette de somme d'argent; c'est une conséquence devant laquelle on reculerait évidemment.

Il y aurait encore dation en paiement, si un débiteur, tenu de procurer un tonneau de vin de Bourgogne, fournissait à la place (et du consentement du créancier) un tonneau de vin de Bordeaux[3]. De même encore, si le débiteur s'acquitte en une monnaie autre que celle portée au contrat (cpr. art. 143, C. comm.). Dans ces cas, il y a bien prestation d'un *aliud pro alio*.

57. — Une difficulté peut encore être élevée relativement aux effets de commerce, lettres de change, billets à ordre, chèques, etc. L'article 446, al. 3, C. civ., assimile aux paiements en espèces les paiements faits en effets de commerce. Doit-on en conclure que celui qui, débiteur d'une somme d'argent, remet en paiement à son créancier des effets de commerce, fait un paiement proprement dit, et non une dation en

[1] En ce sens, *Dictionnaire des droits d'enregistrement*, v° *Dation en paiement*, n° 25.

[2] Demolombe, XXVII, n° 231, p. 204; Aubry et Rau, § 318, note 3, IV, p. 157.

[3] *Contrà*, cependant, Championnière et Rigaud, n° 1786.

paiement? Strictement, on ne peut le prétendre : le débiteur alors ne paie pas au sens rigoureux de l'article 1243 ; il fournit une chose autre que la chose due; il fait une dation en paiement[1]. La preuve, c'est que le débiteur ne pourrait pas contraindre son créancier à recevoir un paiement en lettres de change ou billets à ordre. Pratiquement sans doute, ces papiers sont acceptés facilement dans les usages du commerce, et circulent comme de la monnaie; cela n'empêche pas qu'au fond et dans la réalité des choses, leur remise ne soit une véritable dation en paiement.

Les auteurs se demandent si le paiement en effets de commerce n'entraîne pas novation, de telle sorte qu'il faudrait considérer la dette ainsi acquittée comme définitivement éteinte, alors même que les effets viendraient ensuite à n'être pas soldés lors de l'échéance. Ils résolvent très-généralement la question par la négative[2]; mais ils ne paraissent pas avoir remarqué qu'ils aboutissaient ainsi à une véritable contradiction. D'après ces auteurs, en effet, la dation en paiement est une novation; la remise d'effets de commerce, constituant une dation en paiement, doit donc entraîner novation; c'est une véritable contradiction que de ne pas le reconnaître.

Pour nous la dation en paiement n'est pas une novation; la question reste donc entière; mais nous devons remarquer qu'à notre point de vue, tout au moins, elle est mal posée.

[1] Lyon-Caen et Renault, n° 2746, II, p. 716.

[2] Aubry et Rau, § 324, note 34, IV, p. 218; Demolombe, XXVIII, n° 297, p. 209. La jurisprudence est aussi en ce sens. V. les arrêts cités par les auteurs que nous venons d'indiquer. On ne paraît pas d'ailleurs avoir distingué suivant qu'il s'agit d'effets souscrits par le débiteur lui-même, ou d'effets souscrits par un tiers, et endossés par le débiteur à son créancier (V. cependant, Aubry et Rau, *loc. cit.*).

Nous avons à nous demander en effet si la dation en paiement, réalisée au moyen d'effets de commerce, produit son effet extinctif d'une manière absolue; la dette que le débiteur a voulu acquitter doit-elle être considérée comme définitivement éteinte par la remise de lettres de change ou de billets à ordre? L'intérêt pratique est assez important, si l'on suppose que des sûretés spéciales étaient attachées à la dette primitive. Par exemple, c'est en l'acquit d'un prix de vente que l'endossement d'une lettre de change a été opéré. Le privilège du vendeur, le droit de résolution subsisteront-ils, et si le tiré ne paie pas, le vendeur pourra-t-il se prévaloir de l'un ou de l'autre de ces droits? Il faut répondre affirmativement. La dation en paiement, nous l'allons voir, suppose une satisfaction procurée au créancier; si les effets de commerce à lui transmis ne sont pas payés à l'échéance, le créancier n'est pas satisfait; il n'y a pas dation en paiement, la créance primitive n'est pas anéantie, et le créancier pourra faire valoir les droits accessoires qui y étaient attachés.

58. — La seconde condition, c'est que le créancier ait reçu une satisfaction matérielle. La dation en paiement, opérant *re,* et étant une modification du paiement, suppose que la prestation fournie au créancier est à peu près équivalente à celle qui résulterait d'un paiement proprement dit. C'est seulement en considération de cette prestation que le créancier a consenti à l'extinction de son droit.

Il résulte de là d'abord que toutes les conditions, que le créancier a mises expressément à l'extinction de la dette, doivent être remplies pour que cette extinction se produise. Par exemple, le débiteur a offert en paiement à son créancier un certain immeuble qu'il lui a déclaré valoir 100, et le créancier a accepté l'immeuble *pour cette valeur,* à la condition qu'il aurait bien cette valeur. Si l'immeuble ne vaut que 90,

la condition que le créancier avait mise à son acceptation n'est pas remplie ; la dette subsiste, et il pourra en exiger le paiement en restituant l'immeuble. De même le créancier a reçu l'engagement d'un nouveau débiteur (c'est la délégation), mais il a déclaré que son débiteur primitif ne serait déchargé qu'autant que le délégué serait solvable lors de l'échéance de la dette nouvelle (art. 1276, C. civ.). Si cette condition n'est pas réalisée, la dette ancienne n'est pas éteinte, et le créancier pourra exiger qu'elle lui soit payée (*infrà*, n° 62).

Une autre conséquence de la même idée, c'est que, indépendamment de toute clause spéciale, le débiteur doit assurer au créancier les avantages sur lesquels ce dernier est légitimement en droit de compter, soit en vertu d'une disposition de la loi, soit en vertu des usages et de la bonne foi qui doit présider à tous les actes juridiques[1]. Si donc, il s'agit d'une chose corporelle, la propriété doit en être transmise au créancier, parce qu'il est légitimement en droit de compter qu'elle le sera, et faute par le débiteur de remplir cette condition, son obligation n'est pas éteinte. De même, s'il s'agit d'une créance à céder en paiement, le bénéfice en doit être définitivement assuré au créancier cessionnaire ; s'il s'agit d'un fait, il doit être accompli.

Pour bien préciser notre pensée sur ce point, nous allons insister particulièrement sur la dation en paiement réalisée au moyen de la transmission d'un objet corporel, ou au moyen de la cession d'une créance.

[1] C'est par application de ceci que nous venons de décider (*suprà*, n° 57) que la remise au créancier d'effets de commerce n'entraînait extinction définitive de la dette qu'autant qu'ils étaient soldés à l'échéance ; il est évident que le créancier (bien qu'il ne l'ait pas dit) n'a entendu accepter ces effets *que sauf encaissement;* si cette condition ne se réalise pas, il n'y a pas dation en paiement ; la dette primitive subsiste avec ses accessoires.

59. — 1° Le créancier à qui un objet corporel est donné en paiement doit en être rendu propriétaire. S'il ne l'est pas, la dette n'est pas éteinte, et le créancier, évincé ou menacé d'une éviction, pourra exercer son action primitive. Il y avait là une condition tacite de l'acceptation par le créancier de la dation en paiement; cette condition n'étant pas réalisée, la dation en paiement ne produit aucun effet, la créance primitive subsiste[1].

La translation de propriété ne suppose pas d'ailleurs une remise effective de la chose au créancier. Il suffit qu'il y ait eu convention de dation en paiement pour que la propriété soit transmise (arg., art. 1138). On sait, en effet, et nous avons eu déjà l'occasion de le rappeler, que la simple convention, dans notre droit, vaut tradition. Du moment qu'il y a eu convention de transférer la propriété, *la tradition est réputée opérée* et la propriété est transmise. Ayant dès à présent les attributs de la propriété, pouvant revendiquer, pouvant aliéner, le créancier est satisfait. — S'agissant d'un immeuble, le créancier aura d'ailleurs à requérir la transcription, s'il veut que son droit soit opposable à tous, sans distinction.

60. — 2° Quand c'est une créance qui est cédée en paiement, le bénéfice doit en être pleinement assuré au créancier cessionnaire. Cela aura lieu le plus souvent soit au moyen d'une cession proprement dite, soit au moyen d'une délégation.

Quant à la cession, il n'y a que peu de choses à dire. Il faut que le créancier devienne définitivement titulaire de la créance cédée. *Inter partes,* la cession est définitive par le seul effet de la convention; mais pour que le créancier soit

[1] C'est là un point sur lequel nous reviendrons plus longuement en étudiant les effets de la dation en paiement.

pleinement investi, il faut l'accomplissement de certaines formalités. Il n'y a d'ailleurs qu'à s'en référer au droit commun. Le cessionnaire sera rendu créancier, suivant les cas, par l'accomplissement des formalités de l'article 1690, s'il s'agit de créances ordinaires; par l'endossement, s'il s'agit de créances constatées par des titres à ordre; par la simple tradition, s'il s'agit de titres au porteur; par un transfert, s'il s'agit de titres nominatifs, etc., etc. Sur tous ces points, nous n'avons pas à insister particulièrement.

61. — Nous devons au contraire nous étendre davantage sur la délégation, qui, presque toujours, intervient pour réaliser une dation en paiement. Elle pourrait servir sans doute à faire une libéralité; mais le plus ordinairement elle suppose une dette préexistante. Par exemple, Pierre est débiteur de Paul. Pour se libérer, il lui propose de lui fournir un nouveau débiteur, Jean, qui s'obligera envers lui, et Paul accepte. Pierre, le délégant, qui procure à son créancier (le délégataire) un nouveau débiteur (le délégué) donne *aliud pro alio*. C'est bien là une dation en paiement, et cependant notre législation n'admet pas que la délégation produise en principe les effets de la dation en paiement. Pour que la dette de Pierre soit éteinte, il faut, d'après l'article 1275, que le créancier exprime formellement l'intention de l'en décharger; à défaut de cela, Pierre reste toujours tenu. C'est le renversement du principe romain : *solvit et qui reum delegat*. Chez nous l'obligation du délégant subsiste, à moins que le délégataire ne lui ait expressément donné décharge.

On exprime ceci en disant que notre droit admet deux sortes de délégations, la délégation *parfaite*, et la délégation *imparfaite*. Au premier cas, le débiteur délégant est libéré immédiatement à l'égard du délégataire, et par cela seul qu'il y a un engagement du nouveau débiteur envers ce

dernier; au second cas, le débiteur n'est libéré, que si le délégué paie, et au moment où il paie. Dans ce deuxième cas, par conséquent, l'insolvabilité du délégué retombe sur le délégant; au premier cas, au contraire, elle pèse sur le délégataire. Et même cette dernière proposition n'est vraie que quant à l'insolvabilité future du délégué; si celui-ci était déjà en état de faillite ou de déconfiture au moment de la délégation, le créancier aurait un recours contre le délégant, alors même qu'il l'aurait déchargé expressément (art. 1276, *in fine*). Ajoutons qu'il pourrait aussi réserver expressément ses droits pour l'hypothèse où l'insolvabilité du délégataire ne se produirait qu'ultérieurement (art. 1276) [1].

62. — On peut supposer qu'il n'existait aucune dette à la charge du délégué vis-à-vis du délégant. Se croyant faussement débiteur de Pierre, Jean sur sa demande s'est engagé envers Paul, et même il a exécuté cet engagement, il a payé entre les mains de Paul. Est-ce que cet engagement et le paiement qui en est la suite sont valables? On a soutenu la négative, et on a dit que l'on était dans le cas de l'article 1377; le délégué pourra agir contre le délégataire en répétition de l'indû, et demander d'être relevé des conséquences de l'obligation qu'il a contractée envers lui. Le délégataire, ne tirant ainsi aucun profit de l'engagement du délégué, aurait à son tour un recours contre le délégant [2].

Mais la majorité des auteurs s'accordent à refuser au délégué la *condictio indebiti* contre le délégataire, sauf, bien entendu, un recours possible contre le délégant, s'il est obligé de payer. Cette solution a l'avantage d'éviter une série

[1] Nous aurons plus tard à développer ceci, en étudiant la garantie due par le délégant au délégataire.

[2] Duranton, XII, n° 330. — Larombière, sur 1275, n° 4, V, p. 27, et sur 1377, n° 5, VII, p. 490.

de recours successifs; mais aussi elle aboutit à mettre les risques d'insolvabilité du délégant à la charge du délégué, alors que si la délégation n'était pas intervenue, ces risques auraient été pour le créancier. N'est-ce pas là un résultat injuste? Non; le délégué est dans une situation moins favorable que le délégataire, et ce dernier doit, par suite, être préféré. La situation, en effet, est tout autre que celle prévue par l'article 1377 dont on prétend faire ici l'application. L'article 1377 suppose une personne quelconque, qui est venue par erreur payer au créancier une dette qu'elle croyait être la sienne; on comprend alors que la *condictio indebiti* soit donnée contre le créancier, car il aurait dû refuser un paiement fait par un autre que son débiteur, ou tout au moins avertir le tiers de l'erreur où il se trouvait. Dans le cas de délégation, au contraire, le délégué s'est engagé envers le délégataire, et non pas en son propre nom, mais *au nom du débiteur*. Le créancier, en recevant la délégation, n'a commis aucune faute; il n'avait pas à vérifier l'existence et la validité de la dette du délégué; tout ce qu'il sait, c'est que le délégué s'est obligé directement et personnellement envers lui; il peut exiger l'exécution de cette obligation. Et si le délégué paie, c'est sa propre dette qu'il acquitte, non celle d'un tiers; on est tout à fait en dehors de l'hypothèse prévue par l'article 1377.

Ajoutons que cette solution est d'accord avec le texte des articles 1275 et 1276, qui n'exigent pas que le délégué soit véritablement débiteur du délégant; en outre, elle est conforme à une tradition constante[1].

La décision que nous venons d'admettre n'est exacte qu'au-

[1] Paul, L. 12, *De novat.*, 46, 2; Pothier, *Oblig.*, n° 602; Aubry et Rau, § 324, note 8; § 442, note 27, t. IV, p. 212 et 735; Demolombe, t. XXVIII, n° 325, p. 229 et suiv. — Cass., 24 janvier 1872, S. 72.1.31.

tant que la délégation réalise une dation en paiement, c'est-à-dire seulement dans le cas où il existait une dette du délégant à la charge du délégataire. Si le délégant a voulu faire une donation au délégataire, ou encore s'il s'est cru à tort débiteur de ce dernier, le tiers délégué qui, lui aussi, nous le supposons, ne devait rien au délégant, pourra agir en répétition, *nam certat de damno vitando,* alors que le délégataire, qui n'était pas créancier, *certat de lucro captando*[1].

SECTION III.

Des pouvoirs et de la capacité nécessaires en matière de dation en paiement.

§ 1. *Qui peut faire une dation en paiement.*

63. — La dation en paiement, comme le paiement lui-même, peut être accomplie par une personne quelconque (art. 1236, C. civ.). Normalement, elle sera faite par le débiteur ou par son mandataire conventionnel ou légal, mais elle peut l'être aussi, d'abord par une personne intéressée à un titre quelconque à l'extinction de la dette, coobligé solidaire, caution, tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, etc., et même par un tiers non intéressé, qui agit en l'acquit du débiteur, soit au nom de celui-ci, soit en son nom propre (art. 1236, al. 2, C. civ.; — Cpr., art. 158, C. comm.). Il faut remarquer toutefois que l'article 1236 ne doit être appliqué à la dation en paiement qu'avec une restriction importante : tandis que le paiement proprement dit pourrait être imposé au créancier par le tiers qui veut l'opérer, au contraire le consentement du créancier est ici indispensable, puisqu'il

[1] Pothier, *Oblig.*, n° 602.

s'agit pour lui de recevoir une chose autre que la chose due (art. 1243) [1].

Le tiers, qui a fait la dation en paiement, a un recours contre le débiteur, alors même qu'il aurait agi contrairement à la volonté de celui-ci. Le droit romain, il est vrai, avait décidé en sens contraire (L. 24, C., *De neg. gest.*, 2, 19), mais c'est qu'il n'avait pas admis dans toutes ses conséquences le principe d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui; ce principe exige que le débiteur soit tenu dans les limites au moins du profit qu'il retire de la dation en paiement faite par le tiers. Ce dernier d'ailleurs n'aura de recours qu'autant qu'il n'aura pas agi *donandi animo;* et d'un autre côté, il faut tenir compte de la disposition de l'article 2031, relative, il est vrai, à la caution, mais qui doit être étendue à toute personne qui a payé pour autrui [2].

Le recours du tiers qui a accompli la dation en paiement est exercé, suivant les cas, par une action de mandat, par une action de gestion d'affaires ou simplement par une action de *in rem verso*. Parfois, ce tiers peut même, grâce au bénéfice de subrogation, se prévaloir contre le débiteur des droits qui appartenaient au créancier. S'il avait intérêt à ce que la dette fût acquittée, il est subrogé de plein droit (art. 1251-3°, C. civ.); indépendamment même de tout intérêt, il peut obtenir du créancier une subrogation conventionnelle, grâce à laquelle il lui sera plus facile de rentrer dans ses déboursés (art. 1250-1°, C. civ.) [3].

[1] Il résulte de là que nous n'avons pas à nous préoccuper en notre matière de la disposition de l'article 1237.

[2] Demolombe, XXVII, n° 83, p. 77.

[3] *Non obstat* 1236, *in fine;* ce texte signifie simplement que le *solvens* ne peut contraindre le créancier à la subroger dans ses droits. V. Demolombe, XXVII, n° 65, p. 61.

64. — Nous avons vu que quand la dation en paiement consistait à fournir au créancier une chose quelconque, mobilière ou immobilière (et c'est pratiquement le cas le plus ordinaire), le créancier devait en être rendu propriétaire. Pour faire valablement une dation en paiement, il faut donc *être propriétaire et capable d'aliéner*. Telle est en effet la règle que l'article 1238 pose à propos du paiement proprement dit.

Cette règle, empruntée à Pothier (*Oblig.*, n° 495, est fondée sur l'idée que tout paiement est un acte d'aliénation. Or, au point de vue de notre droit actuel, elle est beaucoup trop large. Quand une convention a pour objet de transmettre la propriété d'une chose, cette translation résulte de la convention elle-même, indépendamment de toute tradition ; le créancier d'un corps certain est devenu propriétaire, préalablement au paiement ; le paiement, en principe, du moins, n'est que l'exécution de l'obligation de délivrance qui incombe au débiteur. Mais il en est autrement de la dation en paiement : la translation de propriété alors n'a pas pu résulter de la convention primitive, puisque cette convention avait un objet autre que celui qui est fourni ; c'est la dation en paiement elle-même qui est translative [1]. Nous sommes donc ici dans un des cas d'application de l'article 1238, et c'est pourquoi nous devons étudier ce texte avec soin, tout en nous limitant à notre point de vue spécial.

La première condition écrite dans l'article 1238 est bien plus compliquée que celle que ce texte indique en second lieu, car elle est susceptible de mettre en présence non seulement le débiteur et le créancier, mais encore le véritable propriétaire de la chose donnée en paiement. Étudions donc d'abord la seconde condition.

[1] Aubry et Rau, § 316, notes 10, 11, IV, p. 156.

65. — 1° Celui qui fait la dation en paiement doit être *capable d'aliéner* la chose qu'il donne en paiement. Ne peuvent donc *dare in solutum* le mineur, l'interdit, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, la femme mariée non autorisée par son mari ou par justice. Il n'y a qu'à appliquer à ces différentes personnes, les règles du droit commun.

De même nous renvoyons au droit commun pour le cas où la dation en paiement aurait en fait été réalisée par une personne incapable. Cette dation en paiement est nulle, mais c'est là une nullité relative, et le *solvens* seul, devenu capable, ou ses représentants légaux, peuvent s'en prévaloir (art. 1125, C. civ.). Le créancier, lui, ne peut proposer la nullité de la dation en paiement, et il n'a pas à se plaindre de ce résultat, car il était libre de ne pas l'accepter.

Mais, pourrait-on dire, en quoi la nullité va-t-elle être utile au débiteur, puisque, s'il l'a fait prononcer, il sera exposé à une action du créancier, réclamant l'exécution de l'obligation, qui n'a pas été éteinte? L'intérêt du débiteur apparaît dans l'hypothèse où la valeur de la chose donnée en paiement excède le montant de la dette, et aussi dans l'hypothèse où la dation en paiement a été faite avant l'arrivée du terme fixé pour l'exécution de l'obligation. Alors il ne sera pas indifférent pour le débiteur de pouvoir répéter la chose donnée en paiement, sauf à payer ce qu'il doit véritablement, et à l'époque où ce paiement doit être accompli.

De ce que l'action en nullité pour incapacité est accordée au débiteur seul, il résulte que les risques sont à la charge du créancier. Si la chose, en effet, vient à périr par cas fortuit, ou bien encore diminue sensiblement de valeur, le débiteur ne demandera pas évidemment la nullité de la dation en paiement; le créancier, n'ayant pas l'action en nullité, ne peut rien faire pour se mettre à l'abri d'une semblable perte.

Par exception à ce que nous venons de dire, le débiteur ne peut plus répéter la chose donnée en paiement, quand le créancier l'a consommée de bonne foi (art. 1238, al. 2)[1]. Cette solution, empruntée au droit romain, est critiquable, car, quelle que soit la bonne foi du créancier, il est en faute d'avoir accepté la dation en paiement faite par un incapable, et on ne voit pas en quoi cette considération est affaiblie par le fait de la consommation[2].

66. — 2° Le *solvens* doit être *propriétaire* de la chose donnée en paiement, ou tout au moins, il doit avoir des pouvoirs suffisants pour en transférer la propriété. Par application de cette idée, nous déciderons que le tuteur ne peut faire une dation en paiement pour éteindre la dette de son pupille, qu'en se conformant aux formalités prescrites pour les aliénations, dans le titre *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.* Pour donner en paiement un immeuble du pupille, par exemple, il devrait observer les conditions requises par les articles 457 et 458 du Code civil, etc.

Supposons qu'en fait, la chose d'autrui ait été donnée en paiement[3]. Que va-t-il se produire? Il faut nous placer suc-

[1] L'article 1238 parle du paiement d'une somme d'argent ou d'une autre chose qui se consomme par l'usage. C'est là une formule simplement énonciative, et la même solution doit être admise, même relativement aux choses non consomptibles, dans tous les cas où, « sans sa faute, le créancier se « trouve, de quelque manière que ce soit, hors d'état de rendre la chose « qu'il a reçue. » Demolombe, XXVII, n° 109, p. 103.

[2] M. Valette proposait de donner au débiteur une action fondée sur l'article 1382, en réparation du préjudice que le créancier lui a causé en consommant la chose (Mourlon, II, p. 727, 11e éd.). Mais cette solution est trop contraire au texte de l'article 1238 pour pouvoir être admise.

[3] On sait que la jurisprudence admet la validité des actes de disposition passés par un *héritier apparent.* Une dation en paiement par lui faite, avec des biens héréditaires et en l'acquit d'une dette de la succession, serait donc valable.

cessivement dans les rapports du créancier avec le débiteur, et dans les rapports du créancier et du débiteur avec le véritable propriétaire.

67. — *a*) Dans les *rapports du créancier et du débiteur,* la dation en paiement est nulle; par conséquent la dette n'a pas été éteinte, et le paiement pourra en être exigé. Mais quel est le caractère de cette nullité? Est-ce une nullité absolue? Est-ce une nullité relative? Et spécialement peut-elle être invoquée par le créancier seul, ou bien peut-elle l'être aussi par le débiteur? La question est controversée. Notons, d'ailleurs, qu'il n'y a pas d'analogie à établir avec la vente de la chose d'autrui (art. 1599); la dation en paiement n'est pas une vente, et, d'un autre côté, rien n'est moins certain que le caractère de la nullité prononcée par l'article 1599.

Pour nous, il y a là une nullité absolue. La dation en paiement, nous l'avons dit, suppose une satisfaction procurée au créancier; or, le créancier qui n'est pas rendu propriétaire *n'est pas satisfait,* donc la dation en paiement n'est pas simplement annulable; elle est nulle de nullité absolue, et le débiteur peut se prévaloir de la nullité aussi bien que le créancier, — à la condition bien entendu d'offrir à ce dernier le paiement de ce qu'il lui doit. Cette solution, qui est généralement admise[1], est d'accord à la fois avec le texte de l'article 1238 et avec l'équité.

L'article 1238, al. 2, en refusant la répétition de la chose donnée en paiement, quand elle a été consommée de bonne foi par le créancier, suppose qu'en dehors de cette hypothèse la répétition est possible. Le mot *répété,* employé par ce

[1] Aubry et Rau, dans leur 4e édition, § 316, note 16, IV, p. 152; Demolombe, XXVII, no 101, p. 92; C. de Santerre, V, 177 *bis*-VI, p. 311. — *Contrà,* Marcadé, sur art. 1238, no 2, IV, p. 543; Larombière, sur art. 1238, no 5, IV, p. 82.

texte, s'applique bien à une réclamation émanée de celui qui a fait la dation en paiement. Et la preuve que l'article 1238 suppose une demande en restitution émanée du débiteur lui-même, qui a donné en paiement une chose dont il n'était pas propriétaire, c'est qu'il rapproche ce cas d'une hypothèse où il s'agit certainement d'une réclamation du débiteur. D'un autre côté, le débiteur a un grand intérêt à pouvoir répéter la chose qu'il a livrée. Exposé à l'action en revendication du propriétaire, il veut se mettre en mesure de restituer la chose à ce dernier, pour éviter d'être condamné à des dommages-intérêts envers lui. Le créancier, lui, n'a aucun intérêt à écarter cette demande, puisqu'on lui offre de lui payer ce qui lui est dû; il n'a accepté la dation en paiement que comme pis-aller; il est probable qu'il ne se refusera pas à restituer la chose, et qu'il préférera l'exécution directe de l'obligation. Et ceci nous permet de répondre à l'objection la plus grave que l'on ait élevée contre ce système et tirée de la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* En réalité, le créancier n'est pas évincé, puisqu'il obtient la chose même qui lui est due; c'est là tout ce qu'il peut raisonnablement exiger. Et nous le répétons, il sera rare qu'en fait, le créancier, exposé à la revendication du *verus dominus,* repousse la combinaison qu'on lui propose.

Mais la répétition ne doit être admise qu'autant qu'elle est susceptible de ne causer aucun préjudice au créancier. Elle doit donc être refusée si le créancier se trouve, de quelque manière que ce soit, hors d'état de rendre la chose donnée en paiement, par exemple, s'il l'a aliénée, ou comme le suppose l'article 1238, al. 2, s'il l'a consommée de bonne foi. D'un autre côté le créancier doit être rendu complètement indemne, et, notamment, le débiteur doit lui tenir compte

des impenses, même voluptuaires, qu'il a faites sur la chose; il ne faut pas que la complaisance dont il avait fait preuve envers le débiteur, en acceptant une chose autre que la chose due, soit pour lui la cause d'une perte, quelle qu'elle soit.

68. — Attachons-nous spécialement à l'action du créancier. Celui-ci peut demander la nullité d'une dation en paiement portant sur la chose d'autrui, et exiger que l'obligation, qui n'est pas éteinte (puisque la dation en paiement est nulle), reçoive son exécution. Il doit bien entendu restituer la chose reçue; mais il peut agir dès qu'il sait que le débiteur n'était pas propriétaire, dès qu'il a juste sujet de craindre une éviction, sans avoir à attendre que celle-ci ait eu lieu[1].

Allons plus loin et supposons que le créancier n'ait plus à craindre aucune éviction. Même alors il peut être en droit de se prévaloir de la nullité de la dation en paiement et, en restituant la chose, exiger le paiement direct de l'obligation.

La chose donnée en paiement a péri par cas fortuit; puis le créancier s'aperçoit qu'il n'avait pas été rendu propriétaire. Il n'a plus à craindre d'être évincé par le *verus dominus*, puisque *extinctæ res vindicari non possunt*. Il n'importe. Le créancier prouve que la satisfaction sur laquelle il était en droit de compter ne lui a pas été procurée; il n'y a pas dation en paiement; la dette primitive subsiste; le créancier pourra s'en prévaloir[2].

[1] Demolombe, XXVII, n° 92, p. 84. Il faut supposer évidemment un créancier de bonne foi au moment de la dation en paiement; s'il savait alors que le débiteur n'était pas propriétaire, il ne peut se plaindre, et il doit être considéré comme ayant consenti à courir les chances de l'éviction (Demolombe, *loc. cit.*, p. 90).

[2] Demolombe, t. XXVII, n° 96, p. 88. A la différence de ce que nous avons constaté pour le cas de dation en paiement faite par un incapable (*suprà*, n° 65), les risques sont donc ici pour le débiteur.

De même le créancier a acquis la propriété par prescription ; le droit romain avait admis que le débiteur se trouvait alors libéré *ex post facto* (L. 60, *De solution.*, 46, 3), et on prétend qu'il faut encore aujourd'hui donner la même solution. En effet, dit-on, le créancier est satisfait; il est devenu propriétaire; c'est tout ce qu'il désirait; la dation en paiement est parfaite[1].

Mais si le créancier est devenu propriétaire, c'est à une circonstance extérieure qu'il le doit, ce n'est pas au débiteur; *ce n'est pas le débiteur qui lui a procuré satisfaction;* il est en droit de faire considérer la dation en paiement comme non avenue et d'exiger le paiement de l'obligation primitive. Il peut, en effet, répugner au créancier de dépouiller un tiers et de recourir à la prescription, qui est un mode d'acquisition tout facultatif (art. 2220). On objecte que le débiteur se trouve ainsi à la discrétion du créancier, lequel peut, à son gré, se déclarer satisfait ou invoquer la nullité de la dation en paiement. Mais la loi, en ces matières, n'établit pas de réciprocité entre les parties. Nous avons vu, par exemple, que le débiteur incapable, qui avait fait une dation en paiement, avait seul le droit d'en demander la nullité. Bien mieux, l'inégalité de situation pourrait, dans notre cas, exister au détriment du créancier. Il se peut, en effet, que son droit de demander la nullité du paiement soit éteint par prescription (art. 2262), alors que l'action en revendication du propriétaire subsiste toujours. Le créancier alors ne peut se plaindre de la situation qui lui est faite. Il est pourtant bien plus digne d'intérêt que le débiteur, lequel a toujours à se reprocher d'avoir donné

[1] Delvincourt, t. II, p. 752; Larombière, art. 258, n° 5, t. IV, p. 82; Aubry et Rau, § 316, note 17, t. IV, p. 152.

en paiement une chose qui ne lui appartenait pas [1].

69. — *b) Rapports des parties avec le véritable propriétaire.* — Le propriétaire tout d'abord peut agir en revendication contre le débiteur, et, si ce dernier ne restitue pas la chose, il devra en payer la valeur, avec des dommages-intérêts, s'il y a lieu. Cela explique, nous l'avons vu, l'intérêt qu'a le débiteur à pouvoir répéter contre le créancier la chose d'autrui qu'il lui a donnée en paiement.

D'autre part, le propriétaire peut revendiquer contre le créancier, même de bonne foi, à moins cependant qu'il ne s'agisse d'un meuble, auquel cas le créancier de bonne foi serait protégé par le principe de l'article 2279. — L'article 1238 semble de plus exiger, pour que l'action du propriétaire ne soit plus recevable, le fait de la consommation de bonne foi par le créancier. La revendication réussirait donc, d'après ce texte, même contre un créancier de bonne foi, s'il n'avait pas consommé la chose donnée en paiement. Est-il croyable que l'article 1238 vienne apporter une pareille dérogation au principe de l'article 2279. Nous ne le pensons pas. D'abord il est douteux que l'article 1238 suppose la revendication du propriétaire; on pourrait fort bien soutenir qu'il ne prévoit que l'action en répétition du débiteur qui a fait la dation en paiement. Mais, même en admettant qu'il vise aussi le cas où le propriétaire revendique la chose, on peut toujours faire à l'article 1238 une certaine place. Il n'y a qu'à supposer pour cela que l'on est en dehors des cas d'application de l'article 2279 [2] : le meuble dont il s'agit a été perdu ou volé; alors le

[1] En ce sens, Marcadé, art. 1238, n° 2, t. IV, p. 543; Demolombe, t. XXVII, n° 95, p. 88; C. de Santerre, t. V, n° 177 *bis*-XII-XIII, p. 314.

[2] Telle est la conciliation généralement admise. V. Aubry et Rau, § 316, *in fine*, IV, p. 152; C. de Santerre, V, 177, *bis*-XI, p. 314. — Cpr. cependant Demolombe, XXVII, n^{os} 116 et suiv., p. 108 et suiv.

propriétaire peut le revendiquer contre un possesseur même de bonne foi pendant trois ans (art. 2279, al. 2). Si ce possesseur est un créancier auquel le meuble a été donné en paiement, la revendication du propriétaire ne réussira qu'autant que le meuble n'aura pas été consommé de bonne foi par ce créancier (art. 1238, al. 2).

§ 2. *Qui peut recevoir une dation en paiement.*

70. — Recevoir une dation en paiement, ce n'est pas la même chose que recevoir un paiement. Le paiement est un acte normal, nécessaire même et qui pourrait être imposé au créancier (art. 1257 et suiv.). La dation en paiement, au contraire, suppose essentiellement le consentement du créancier (argument, art. 1243). Il est peut-être très-important pour lui de recevoir la chose même qui lui est due; la dation en paiement implique toujours une renonciation à un droit, le plus souvent même un sacrifice. Le créancier, dans les circonstances les plus ordinaires, ne l'accepte que comme pis-aller, et pour ne pas être exposé à la perte complète de sa créance.

Il résulte de là, d'une part, que la dation en paiement doit être faite au créancier lui-même ou à une personne tenant du créancier ou de la loi des pouvoirs suffisants pour recevoir une chose autre que la chose due, d'autre part, qu'il faut se montrer très-difficile dans la détermination de la capacité nécessaire pour recevoir une dation en paiement. — Examinons successivement la question de pouvoirs et la question de capacité.

71. — 1° *Question de pouvoirs.* — Le paiement, d'après l'article 1239, doit être fait au créancier ou à son représentant légal ou conventionnel. La même règle s'applique à la

dation en paiement. Mais quand le représentant du créancier devra-t-il être considéré comme ayant des pouvoirs suffisants pour recevoir une dation en paiement?

Pas de difficulté s'il a été donné au mandataire un pouvoir spécial *ad hoc*, ou bien encore s'il a mandat de réaliser la créance par n'importe quel moyen, s'il a mandat d'en tirer tout ce qu'il pourra; alors une dation en paiement pourra lui être faite, et elle sera libératoire à l'égard du créancier. Il faudrait en dire autant d'un mandat général, relatif à toutes les affaires qui intéressent le patrimoine du mandant, et conférant au mandataire le pouvoir d'accomplir tous les actes juridiques nécessaires pour la conservation ou la mise en valeur de ce patrimoine. Par application de cette idée nous permettrons au tuteur de recevoir une dation en paiement pour le compte de son pupille.

Le tuteur, en effet, peut faire seul tous les actes pour lesquels la loi n'exige pas l'observation de formalités spéciales[1]; il peut donc recevoir une dation en paiement. Seulement, comme c'est là un acte d'une gravité exceptionnelle, et que la nécessité ou l'intérêt du mineur justifient seuls, il fera bien, pour mettre sa responsabilité à couvert, de prendre au préalable l'avis du conseil de famille[2]. De même, les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent pourraient accepter une dation en paiement, sous leur responsabilité personnelle, car ils ont en principe pleins pouvoirs relativement au patrimoine de l'absent (arg., art. 128, C. civ., *a contrario*). Enfin, il faudrait en dire autant du mari, administrateur légal des biens de sa femme sous le régime de la communauté (art. 1428, C. civ.).

[1] Aubry et Rau, § 113, note 1, I, p. 446.

[2] Aubry et Rau, § 113, *in fine*, I, p. 462.

72. — Le simple mandat de recevoir un paiement ne donnerait pas au mandataire le pouvoir d'accepter une chose autre que la chose due. Par exemple l'huissier, porteur d'un titre exécutoire, est considéré comme ayant un mandat tacite de recevoir le paiement au nom du créancier; la Cour de cassation a décidé avec raison que cela n'impliquait pas la possibilité pour l'huissier de recevoir une dation en paiement[1].

Il en serait ainsi alors même que le mandataire dont nous parlons tiendrait ses pouvoirs de la convention elle-même, alors même que ce serait un *adjectus solutionis gratiâ*. La convention pourrait, d'ailleurs, indiquer qu'il sera loisible au débiteur de payer au tiers désigné une chose autre que la chose due. C'est l'hypothèse que les jurisconsultes romains qualifiaient d'*accessio rei*[2].

Un simple mandat de faire les actes d'administration ne suffirait pas non plus pour que le mandataire fût autorisé à recevoir une dation en paiement. Un administrateur peut sans doute recevoir un paiement, mais la dation en paiement implique un sacrifice de la part du créancier; elle suppose au moins le pouvoir de disposer de la créance, de l'aliéner. Si nous avons décidé que le mari, l'envoyé en possession provisoire, le tuteur, pouvaient accepter une chose autre que la chose due, c'est que leurs pouvoirs ne se bornent pas aux actes d'administration; la dation en paiement n'est pas un acte d'administration. Et il résulte de là qu'un mandat conçu en termes généraux serait insuffisant au point de vue qui nous occupe; un tel mandat, en effet, n'embrasse que les actes d'administration (art. 1988, al. 1).

73. — Si une dation en paiement a été faite entre les

[1] Cass., 3 août 1840, S. 40.1.924.

[2] V. *Th. romaine*, n° 76. Cpr. Pothier, *Oblig.*, n° 517.

mains d'un individu qui n'avait pas de pouvoirs, ou qui n'avait que des pouvoirs insuffisants, elle est inefficace à l'égard du créancier, elle n'est pas libératoire pour le débiteur (arg., art. 1239, al. 2). Le créancier pourrait donc contraindre le débiteur au paiement, sauf à ce dernier à recouvrir contre celui à qui il a fait la dation en paiement.

La dation en paiement est pour le créancier *res inter alios acta*, mais il pourrait se l'approprier, la prendre à son compte au moyen d'une ratification (art. 1239). Cette ratification pourrait être tacite, et résulter par exemple du fait de la part du créancier de recevoir la chose sans protestation : profitant alors de la dation en paiement, il est évident qu'il n'aurait pas le droit d'exiger une exécution directe de l'obligation.

Il faut aller plus loin, et il est possible qu'une dation en paiement, faite à un individu sans mandat, et indépendamment de toute ratification du créancier, soit cependant valable, et opposable au créancier. C'est dans le cas où elle est faite de bonne foi à celui qui est *en possession* de la créance. L'article 1240 qui valide un paiement fait dans ces circonstances, serait peut-être insuffisant pour justifier notre solution, car on pourrait fort bien soutenir que ce texte n'est relatif qu'au paiement proprement dit, à l'exécution même de l'obligation [1]. Mais nous pouvons invoquer d'autres considérations. Le possesseur de la créance, en effet, c'est celui que le débiteur a juste sujet de croire créancier [2]. C'est le plus ordinairement un héritier apparent. Or, quand un héritier apparent accepte une dation en paiement, il accomplit tout au plus une aliénation à titre onéreux de la créance, et

[1] Cpr. Larombière, art. 1240, n° 8, IV, p. 109.

[2] Pothier, *Oblig.*, n° 503.

l'on sait que la jurisprudence admet la validité des aliénations à titre onéreux consenties par un héritier apparent; elle doit donc admettre la validité d'une dation en paiement. On devrait considérer comme un héritier apparent, le légataire universel ou à titre universel, dont le legs est révoqué par un testament ultérieur, ignoré des parties, et même aussi un légataire à titre particulier, par exemple le légataire d'un immeuble auquel les fermiers auraient payé un ou plusieurs termes, avant la découverte du testament qui révoque son legs.

La même solution devrait encore être donnée dans une autre hypothèse; c'est celle où la dation en paiement est faite à un mandataire, qui est investi de pouvoirs suffisants pour la recevoir, mais dont le mandat est révoqué ou éteint par exemple par la mort du mandant, à l'insu du débiteur. Alors, nous avons deux textes, les articles 2005 et 2009, qui décident en termes très-généraux que la révocation, ou l'extinction du mandat ne peuvent être opposés aux tiers de bonne foi, qui ont traité avec le mandataire. Cela doit s'appliquer évidemment à une dation en paiement reçue par ce dernier.

Les solutions admises par les articles 2005 et 2009, et par la jurisprudence (pour les héritiers apparents) peuvent être généralisées et appliquées par analogie à toutes les hypothèses où une dation en paiement est faite entre les mains d'une personne que le débiteur a juste sujet de croire créancière, ou investie par le créancier de pouvoirs suffisants pour la recevoir. Nous validerons donc, par exemple, la dation en paiement faite au cessionnaire d'une créance, alors même que la cession viendrait plus tard à être annulée ou résolue.

74. — 2° *Question de capacité.* — Le paiement, d'après l'article 1241, ne peut pas être fait au créancier incapable de le

recevoir. A plus forte raison, doit-il en être de même de la dation en paiement, qui n'a rien de nécessaire, et qui implique essentiellement le consentement du créancier (art. 1243).

Mais quelle est ici la capacité requise? Le créancier, nous l'avons dit, en acceptant une chose autre que la chose due, fait le plus souvent un véritable sacrifice; on peut le considérer comme renonçant à sa créance, moyennant une certaine prestation; en d'autres termes, il accomplit une aliénation de sa créance, d'où nous concluons qu'il doit avoir la capacité requise pour l'aliénation des créances[1]. En appliquant cette idée nous dirons que la dation en paiement ne peut être acceptée par le mineur, par l'interdit, par la femme mariée non autorisée. Elle ne peut être reçue non plus même par un mineur émancipé non assisté de son curateur, en ce qui concerne les capitaux mobiliers qui peuvent lui être dus (arg., *à fortiori,* art. 482, C. civ.).

Nous devons cependant faire une restriction quant à la femme séparée de biens. D'après l'article 1449, elle reprend la libre administration de ses biens et elle peut disposer de son mobilier sans l'autorisation de son mari. Elle pourrait donc recevoir seule une dation en paiement, puisque cet acte n'est autre chose que l'aliénation d'un droit mobilier[2].

75. — Si la dation en paiement a été faite à un incapable, elle n'est pas libératoire, et le créancier, devenu capable,

[1] Cpr. Aubry et Rau, § 323, A, t. IV, p. 201.

[2] Cette solution ne serait sans doute pas admise par notre jurisprudence. Pour combiner avec l'article 1449 al. 2, la disposition de l'art. 217 qui paraît bien prohiber toute aliénation, nos tribunaux décident que les aliénations de meubles ne sont valables que tout autant qu'elles constituent des actes d'administration. Il y aurait donc à examiner, en fait, pour chaque dation en paiement reçue par la femme séparée, si elle doit être ou non considérée comme un acte de bonne administration. Pour nous l'article 1449 est une dérogation à l'article 217.

peut en demander la nullité et exiger d'être payé. C'est là évidemment une nullité relative, établie au profit de l'incapable; lui seul pourrait s'en prévaloir; mais aussi il pourrait ratifier la dation en paiement.

S'agissant du paiement ordinaire, l'article 1241 décide qu'il est valable dans l'hypothèse où le créancier en a profité et dans les limites de ce profit, de telle sorte que le créancier ne peut alors réclamer qu'un paiement supplémentaire (Cpr., art. 1312). Cette solution doit-elle être étendue à la dation en paiement? Je ne le crois pas. Remarquons d'abord que presque toujours la dation en paiement aura procuré un profit à l'incapable. Si l'on conçoit qu'un incapable dissipe les sommes d'argent qui lui sont payées, il lui est plus difficile de dissiper la valeur de la chose reçue en paiement, son incapacité même étant un obstacle à la conversion de cette chose en argent. En fait, il y aurait donc lieu, le plus souvent, à un paiement supplémentaire si l'on appliquait ici l'article 1241.

Mais la dation en paiement implique un sacrifice, et il est nécessaire qu'elle soit reçue par le créancier en pleine connaissance de cause. D'un autre côté, il est à craindre que le débiteur n'ait abusé de l'inexpérience ou de l'état d'esprit de son créancier pour lui faire accepter en paiement une chose de valeur inférieure au montant de sa dette. Ces considérations nous conduisent à décider que ce n'est pas simplement un supplément de paiement que le créancier (ou son représentant) pourra demander. Il aura le droit de faire considérer la dation en paiement comme non avenue, et, en restituant la chose reçue, d'exiger que l'obligation soit exécutée, qu'il y ait paiement. C'est la seule manière de relever le mineur, ou l'interdit, ou la femme, des conséquences de leur incapacité; le débiteur ne pourra pas se plaindre, puis-

que le créancier lui restitue la chose reçue en paiement, et ne s'enrichit pas injustement à ses dépens.

La solution que nous venons de donner présente un intérêt pratique assez considérable. Quand il s'agit d'apprécier le profit procuré à l'incapable par le paiement, les auteurs disent que cette appréciation peut être faite à une époque quelconque; il n'est pas nécessaire que le profit subsiste encore au moment où le créancier agit en nullité ; il suffit que ce profit ait existé à un moment quelconque[1]. Il résulte de là que les cas fortuits qui pourraient survenir ultérieurement sont à la charge du créancier incapable. Dans le cas de dation en paiement il en doit être autrement. Le créancier pourra réclamer l'exécution de l'obligation, alors même qu'un cas fortuit aurait fait périr la chose donnée en paiement. Il ne restitue rien au débiteur, cela est vrai, mais il ne s'enrichit pas à son détriment. La dation en paiement n'est pas comme le paiement un acte nécessaire; le débiteur est, ici, peu digne d'intérêt, car il a cherché à profiter de l'incapacité de son créancier, pour lui faire accepter une chose autre que la chose due.

Et nous donnerions cette solution, alors même que le débiteur aurait été de bonne foi, alors même qu'il aurait cru le créancier capable. Pour admettre la validité d'un paiement fait de bonne foi à un incapable, les auteurs invoquent surtout cette considération que le paiement étant un acte nécessaire, il ne faut pas se montrer trop sévère pour ceux qui l'accomplissent[2]. Ce motif ne peut être invoqué pour la dation en paiement; elle ne présente pas le même caractère de néces-

[1] Aubry et Rau, § 317, note 18, IV, p. 155; Demolombe, XXVII, n° 196, p. 163. Le droit romain (L. 47, D. *De solut.*, 46, 3) et Pothier, *Obl.*, n° 504, décidaient en sens contraire.

[2] Demolombe, XXVII, n° 201, p. 169.

sité ; et elle implique essentiellement de la part du créancier un consentement raisonné et réfléchi ; elle suppose, par conséquent, que le créancier est capable de diriger ses propres affaires avec un entier discernement.

SECTION IV.

Du consentement des parties.

76. — La dation en paiement implique que les parties sont d'accord pour l'effectuer. Bien qu'elle ne constitue pas à proprement parler un contrat, le consentement du créancier et du débiteur n'en est pas moins indispensable à sa réalisation. Pour le débiteur, cette condition va de soi ; c'est lui, en effet, qui offre au créancier de lui fournir une chose autre que la chose due ; il est évident qu'il consent à un acte qui facilite sa libération. Mais quant au créancier, il y a plus de difficulté. Il a le droit d'exiger que la chose même qui lui est due lui soit fournie ; la dation en paiement implique de sa part une renonciation à ce droit ; c'est un véritable sacrifice qu'il fait : il est donc nécessaire qu'il consente. Et ceci nous explique que le Code civil, à l'exemple des textes du droit romain, ne s'explique que sur le consentement du créancier. D'après l'article 1243, en effet, le *créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande.*

De nombreux textes font l'application de l'idée émise par l'article 1243. Par exemple, aux termes de l'article 1932 du Code civil, le dépositaire doit restituer identiquement la chose même qu'il a reçue. L'article 143, C. comm., nous dit de même que la lettre de change doit être payée dans la monnaie

qu'elle indique. L'article 1291, al. 1er, Code civil, exige pour que la compensation légale soit possible que les deux dettes aient pour objet des choses fongibles de même espèce. C'est que si les deux dettes avaient un objet différent, chacune des parties conserverait à titre de paiement une chose autre que la chose due; il y aurait dation en paiement forcée, ce qui serait contraire à l'article 1243[1]. On peut tirer de là cette conséquence qu'une compensation serait possible par convention entre deux dettes qui n'auraient pas pour objet des choses de même nature : cela équivaudrait en effet à une double dation en paiement. Enfin, la femme doit accepter l'offre d'un immeuble que lui fait le mari pour la remplir du prix d'un de ses propres aliénés (art. 1435, C. civ.). Cette opération constitue à l'égard de la femme une véritable dation en paiement; créancière d'une somme d'argent, elle reçoit à la place un immeuble; cette dation en paiement ne peut pas être forcée; la femme doit y consentir.

Tel est le principe : mais nous verrons qu'il comporte des exceptions; il est des cas où le débiteur peut imposer à son créancier de recevoir une chose autre que la chose due; et il en est même où la dation en paiement pourrait être forcée pour le débiteur, au moins dans une certaine mesure. Nous aurons à nous préoccuper plus loin de ces différentes hypothèses.

77. — Nous avons constaté, en droit romain, qu'aucune formalité particulière n'était requise pour la validité de la dation en paiement. A plus forte raison doit-il en être de même dans notre législation. Il arrivera même le plus souvent que rien ne viendra manifester extérieurement ce consentement; la remise de la chose donnée en paiement sera ordinairement

[1] De Ségogne, *Th.*, p. 102.

concomitante à l'accord des volontés ; le fait de la fournir, de la part du débiteur, le fait, de la part du créancier, de l'accepter, impliqueront qu'ils ont consenti. On conçoit d'ailleurs qu'un écrit soit rédigé, et même qu'il intervienne un acte notarié s'il s'agit de la dation en paiement d'un immeuble ; mais ce ne seront là que des moyens de preuve, qui, je le répète, n'ont rien d'obligatoire pour les parties.

Le consentement sera ordinairement échangé par convention, et au moment où la dation en paiement est réalisée. Mais il se peut que la convention précède la dation en paiement ; il y a alors promesse de dation en paiement, laquelle, nous le savons, doit être interprétée dans le sens d'une *facultas solutionis* laissée au débiteur.

Le consentement pourrait aussi résulter de la part de l'une des parties, d'un acte de dernière volonté, d'un testament. Alors, la dation en paiement ne pourra être réalisée, qu'autant que l'autre partie y consentira, et il est évident que cette partie ne donnera son consentement que si la combinaison présente pour elle un certain avantage. Par exemple, un testateur autorise son débiteur à s'acquitter envers ses créanciers par la prestation d'un objet autre que l'objet dû. Le débiteur trouvera là presque toujours son avantage. Peut-être la prestation due par lui était-elle très-difficile et très-onéreuse à accomplir ; peut-être l'objet qu'on lui laisse la faculté de fournir est-il de valeur moindre que la chose qu'il devait. Il est vraisemblable que, dans ces conditions, le débiteur ne demandera pas mieux que d'accomplir la dation en paiement. On peut encore supposer qu'un débiteur, par testament, impose à son héritier ou à l'un de ses gratifiés la charge de s'acquitter envers le créancier par une dation en paiement. Le créancier acceptera, s'il y trouve quelque profit ; par exemple, la valeur de la chose à fournir est supé-

rieure au montant de la dette; cette dette était à terme ou conditionnelle, etc., etc. Dans ces hypothèses, et dans des hypothèses analogues, on ne peut pas dire qu'il y ait dation en paiement forcée, bien qu'au moment même où elle est réalisée, l'une des parties soit obligée de l'opérer ou de la subir : l'auteur de cette partie avait donné son consentement; la dation en paiement est volontaire.

78. — La dation en paiement n'est pas un contrat; mais comme elle suppose un accord de volontés, et que c'est à propos des contrats que le Code civil détermine les règles relatives à l'existence et à la validité du consentement, il faudra nous en référer à ces règles (art. 1109 et suiv.); elles doivent en effet être étendues en principe à toute espèce de manifestation de volonté[1]. Il y a donc lieu d'appliquer à la dation en paiement les règles sur les vices du consentement, c'est-à-dire sur l'erreur, le dol et la violence (art. 1109). Étudions successivement ces trois vices du consentement au point de vue spécial de la dation en paiement. Nous n'avons d'ailleurs que peu de chose à en dire, et nous pouvons renvoyer pour le surplus, aux développements que nous avons fournis en étudiant la législation romaine.

79. — I. *Erreur.* — C'est pour nous conformer à la terminologie du Code civil que nous qualifions l'erreur : vice du consentement; il arrive souvent que l'erreur est exclusive du consentement, et que l'acte passé est non seulement annulable, mais inexistant. Dans quels cas y aura-t-il inexistence, dans quels cas annulabilité? Pour le savoir, examinons rapidement les différentes hypothèses qui peuvent se présenter.

1° Il se peut d'abord qu'il y ait eu *erreur sur la dette à*

[1] Aubry et Rau, § 306, notes 1 et 2, IV, p. 92.

éteindre. — Nous connaissons ce cas, et nous savons qu'alors s'appliquent les règles de la répétition de l'indû. L'*accipiens* est devenu propriétaire, sans doute, si c'est un objet corporel, mobilier ou immobilier qui est donné en paiement, puisqu'il y a eu accord sur l'aliénation; mais le prétendu débiteur pourra se faire restituer la chose par la *condictio indebiti* (V. la sect. 1re du présent chapitre). La répétition sera ouverte au prétendu débiteur, non seulement si la dette n'existait pas, mais même s'il s'est trompé à son détriment sur le montant exact de cette dette : il y a alors indû, pour toute la valeur que le débiteur a fournie en sus de ce qu'il devait.

On peut se demander ce qui arriverait si les parties, croyant que la dette est moins élevée qu'elle ne l'est en réalité, faisaient une dation en paiement avec un objet d'une valeur inférieure au montant de la dette. Par exemple, le créancier, croyant qu'il lui est dû cent, alors qu'en réalité sa créance est de deux cents, accepte en paiement une chose qui vaut cent. Je crois qu'en pareil cas la dation en paiement est valable et qu'elle est libératoire jusqu'à concurrence de cent (V. *Thèse romaine,* n° 83).

2° *Erreur sur la prestation à accomplir.* — A ce point de vue, l'erreur peut porter tout d'abord sur l'identité même de la chose fournie en paiement (*in ipso corpore rei*). Par exemple, je vous ai donné en paiement tel cheval déterminé, et vous avez cru recevoir tel autre. Ma volonté et la vôtre ne se sont pas rencontrées sur l'objet de l'aliénation; vous n'êtes pas devenu propriétaire, et par conséquent la dation en paiement est inefficace.

Mais les parties étant d'accord sur la chose même qui est donnée en paiement, il se peut qu'elles aient été trompées sur les qualités de cette chose, et une telle erreur se conçoit

surtout de la part du créancier à qui cette chose est fournie. Ici se place l'article 1110, aux termes duquel l'erreur n'est une cause de nullité de l'acte juridique, qu'autant qu'elle porte sur la *substance* même de la chose qui en est l'objet. Que faut-il entendre par substance? Les interprètes sont loin d'être d'accord sur cette question. Je crois qu'on ne peut pas poser ici une formule absolue, on doit se placer à un point de vue tout relatif, et il faut dire, avec Pothier[1], que les qualités substantielles ce sont celles que les parties ont eu principalement en vue en réalisant la dation en paiement, et en particulier, ce sont celles en considération desquelles le créancier a accepté la substitution d'une autre chose à celle qui lui était originairement due.

Il se peut, d'ailleurs, que le créancier ait expressément ou tacitement subordonné son acceptation à l'existence de certaines qualités. Cela a pour effet de rendre ces qualités substantielles, et il n'est pas douteux que si elles ne se rencontrent pas, la nullité de la dation en paiement peut être demandée. Par exemple, s'il y a estimation de la chose, cela implique, nous le savons, que le créancier n'entend libérer le débiteur qu'autant que la chose a effectivement la valeur fixée par l'estimation ; si cette valeur n'est pas atteinte, la dation en paiement doit être inefficace.

Notons qu'en l'absence d'estimation, il n'y aurait pas à tenir compte d'une erreur sur la valeur de la chose donnée en paiement : l'erreur d'appréciation, c'est-à-dire la lésion, n'est pas par elle-même en effet une cause d'annulabilité des actes juridiques (art. 1118).

3° *Erreur sur la personne.* — Conformément au droit com-

[1] Pothier, *Obl.*, n° 18. Cpr. dans Aubry et Rau, § 343 *bis*-1°, note 2, IV, p. 296, les formules qui ont été proposées à cet égard. *Adde*, C. de Santerre, IV, 16 *bis*-II, p. 16.

mun, elle n'entraîne la nullité de la dation en paiement qu'autant que la considération de la personne est la cause principale de la dation en paiement (art. 1110, al. 2).

4° *Erreur sur la portée de la prestation.* — Il faut que les parties aient réellement entendu faire une dation en paiement, autrement il n'y a rien de fait. Par exemple, le débiteur remet une chose au créancier, dans l'intention d'éteindre sa dette; le créancier croit que le débiteur veut lui faire une libéralité; il n'y a ni dation en paiement ni donation. Le consentement n'existe pas, puisque les parties *n'ont pas été d'accord* sur le but qu'elles entendaient réaliser; la propriété de la chose n'a pas été transmise[1]; le créancier pourra exiger l'exécution de l'obligation, et le débiteur aura l'action en revendication.

80. — II. *Dol, violence.* — Nous n'avons pas à déterminer les caractères que doivent présenter la violence ou le dol pour entraîner la nullité de la dation en paiement, et nous pouvons sur ce point renvoyer aux règles du droit commun. C'est ainsi par exemple, que le dol ne pourra être invoqué par l'une des parties, créancier ou débiteur, qu'autant qu'il aura été commis par l'autre partie ; la violence au contraire pourra être opposée, de quelque personne qu'elle émane (art. 1111, 1116, C. civ.).

La dation en paiement, entachée de dol ou de violence, peut être annulée; c'est là une nullité toute relative, et la victime peut ratifier, et valider ainsi l'acte après coup (art. 1115, C. civ.). Supposons que la victime du dol ou de la violence agisse en nullité; quelles vont être les conséquences de cette action?

[1] Cette solution n'est pas contradictoire avec celle que nous avons admise relativement à l'erreur sur la dette à éteindre. Alors le but poursuivi était, il est vrai, imaginaire, mais les parties étaient *d'accord* sur ce but : le débiteur avait eu la volonté d'aliéner, et le créancier avait eu la volonté d'acquérir, à titre de dation en paiement.

1° Supposons d'abord que le dol ou la violence aient été pratiqués contre le créancier, qui par exemple se trouve amené à recevoir en paiement une chose d'une valeur inférieure au montant de la dette. Le créancier pourra agir en nullité de la dation en paiement et exiger que l'obligation primitive qui n'a pas été éteinte soit exécutée. Mais comme il ne doit pas s'enrichir aux dépens du débiteur, il devra lui restituer le profit qu'il aura retiré de la dation en paiement.

2° C'est le débiteur qui a été victime du dol ou de la violence, et il a donné en paiement une chose d'une valeur peut-être très-supérieure au montant de la dette. Le débiteur pourra agir en nullité de la dation en paiement; cette nullité une fois prononcée, il en résultera que la dette n'aura pas été éteinte et le débiteur devra en opérer le paiement. Il pourrait d'ailleurs exiger non seulement la restitution de la chose, *cum omni causâ*, mais même des dommages-intérêts, s'il y a lieu.

L'action en nullité qui résulte du dol ou de la violence pourrait-elle être exercée contre un tiers auquel le créancier aurait transmis la propriété de la chose reçue en paiement? La question est délicate, et il faut faire des distinctions. On peut, à cet égard, pour le critérium suivant : le tiers acquéreur doit être mis dans la même situation que si l'aliénation lui avait été faite directement par le débiteur lui-même. Donc l'action en nullité pour cause de violence réussira contre lui dans tous les cas, alors même que la violence aurait été pratiquée par son auteur, le créancier (arg., art. 1111). L'action en nullité fondée sur le dol réussira aussi, si le tiers acquéreur est lui-même auteur ou complice du dol; elle échouera si les manœuvres dolosives ont été pratiquées par un tiers, même si ce tiers est le créancier (arg., art. 1116).

CHAPITRE III.

EFFETS DE LA DATION EN PAIEMENT.

81. — La dation en paiement a pour effet d'éteindre la dette et de procurer au débiteur sa libération, comme le ferait le paiement lui-même. D'autre part, quand elle a pour objet la *datio* d'un droit quelconque, réel ou personnel, propriété, usufruit, créance, etc., elle opère translation de ce droit au créancier. A dire vrai, ce n'est pas là un effet de la dation en paiement; c'en est plutôt une condition, puisque, comme nous l'avons constaté, la dation en paiement n'est efficace qu'autant que le créancier a obtenu satisfaction, et a été pleinement investi du droit transmis. Cependant, il est naturel d'étudier ici les conséquences de cette idée que la dation en paiement est un acte translatif. Nous allons donc envisager successivement la dation en paiement comme acte extinctif et comme acte translatif. Ce sera l'objet des deux premières sections du présent chapitre. Dans une troisième section, nous examinerons la dation en paiement au point de vue fiscal, et nous nous demanderons quels sont les droits à percevoir par l'Enregistrement pour cet acte.

SECTION I.

Extinction de la dette.

82. — La dation en paiement est un mode de paiement ; la dette est éteinte, comme elle le serait par le paiement lui-même, d'une manière absolue. Tous les accessoires de la dette, qui en garantissaient le paiement, privilèges, hypothèques, etc., sont anéantis ; « tout ce qui peut tenir lieu de paie-« ment, dit Domat, fait que l'hypothèque ne subsiste plus[1]. »

Et cette extinction a lieu à l'égard de tous, codébiteurs solidaires ou conjoints, cautions, etc. Il n'y a d'exception que si une dation en paiement est faite à l'un de plusieurs créanciers solidaires; je ne pense pas qu'alors le débiteur soit libéré à l'égard de tous. Chaque créancier n'est plus censé, comme en droit romain, avoir stipulé seul et à son profit; pour ce qui excède sa part, « il n'a qu'un simple « mandat à l'effet de poursuivre et de recevoir le paiement « de ce qui est dû aux autres[2]. » Il ne peut faire aucun sacrifice relatif à la créance, qui engage ses cocréanciers ; il ne pourrait, par exemple, faire un pacte de remise, une transaction ; il ne doit pas pouvoir recevoir une dation en paiement, qui implique toujours la renonciation à un droit (arg., art. 1198). En fait, d'ailleurs, les autres créanciers accepteront le plus souvent la dation en paiement reçue par leur cocréancier; ils trouveront dans cet acte la preuve que le débiteur est dans une situation embarrassée, et ils se contenteront de la chose donnée en paiement, sans vouloir en-

[1] *Lois civiles*, liv. III, tit. I, sect. 7, n° 4.

[2] Aubry et Rau, § 298 *bis* et note 4, IV, p. 16.

tamer une poursuite qui n'aboutirait sans doute à aucun résultat.

La libération du débiteur, une fois opérée, est définitive et irrévocable; le créancier ne pourrait plus revenir sur le consentement qu'il a donné, sur la renonciation qu'il a faite au droit de recevoir la chose même, objet de l'obligation. Et le débiteur, revenu plus tard à meilleure fortune, ne saurait élever la prétention de reprendre la chose donnée en offrant au créancier un paiement de son obligation primitive; c'est tant mieux pour la partie à qui l'opération a profité; elle en conserve définitivement le bénéfice.

83. — Mais il n'en sera ainsi, nous le savons, qu'autant que le créancier aura été entièrement satisfait. L'effet extinctif de la dation en paiement est subordonné à cette condition implicite, que le créancier ait reçu la satisfaction sur laquelle il était légitimement en droit de compter. L'application la plus ordinaire de cette idée se présente dans l'hypothèse où la dation en paiement a pour objet un corps certain, meuble ou immeuble; le créancier doit en être rendu propriétaire; et si cette condition n'est pas remplie, si le créancier, par exemple, subit une éviction, la dette subsiste toujours, et le créancier peut en exiger le paiement, l'exécution. Nous trouvons une preuve de ceci dans la disposition de l'article 1238, C. civ., lequel, nous le savons, reçoit tout particulièrement son application en matière de dation en paiement : le créancier, d'après cet article, doit être rendu propriétaire de la chose donnée en paiement; autrement, la dation en paiement n'est pas valable, et, par suite, la dette subsiste toujours. Et il résulte de là que les sûretés accessoires de la créance, privilèges, hypothèques, etc., garantissent toujours le paiement de cette dette, qui n'est pas éteinte. Il n'y a d'exception que pour les cautions qui, d'a-

près l'article 2038, sont déchargées définitivement, alors même que le créancier viendrait à être évincé de la chose donnée en paiement.

84. — Le principe que nous venons de poser est vivement contesté, et la grande majorité des auteurs refusent au créancier le droit de se prévaloir de sa créance primitive, et le droit, par conséquent, d'invoquer les privilèges et hypothèques attachés à cette créance. Tel est l'avis de tous ceux qui considèrent la dation en paiement soit comme une vente, soit comme une novation[1]. Seuls, MM. Pont et Troplong admettent la persistance de la créance, et il faut bien reconnaître qu'étant donné leur point de départ, ils se mettent ainsi en contradiction avec eux-mêmes.

Si, en effet, la dation en paiement constitue une vente suivie de compensation, l'éviction, qui vient plus tard à se produire, prouve bien que le débiteur n'a pas accompli son obligation de vendeur; la vente est nulle (art. 1599, C. civ.), mais la compensation n'en a pas moins produit son effet; la dette primitive est définitivement anéantie. Et de même, pour les partisans de l'idée de novation, s'il y a éviction de la chose donnée en paiement, cela montre que l'obligation nouvelle contractée par le débiteur n'a pas été exécutée; mais l'effet novatoire est produit; l'obligation primitive n'existe plus et ne saurait revivre. Le créancier ne peut donc se prévaloir des

[1] Toullier, VII, nos 306, 307, p. 364 et s.; Duranton, XII, nos 79 et s., p. 120 et s.; Grenier, *Privilèges et hypothèques*, II, no 502, p. 445; Larombière, sur 1278, no 6, V, p. 38; Aubry et Rau, § 292, note 4, III, p. 486; § 324-5°, note 48, IV, p. 221; Demolombe, XXVIII, nos 289 et s., p. 197 et s.; Colmet de Santerre, IX, 162 *bis*-II, p. 381; Laurent, XXXI, no 363, p. 352; Baudry-Lacantinerie, III, no 1469, p. 842 (2e éd.). La jurisprudence est en ce sens. V. Cass., 10 juin 1817, S. 19.1.38; 10 mai 1858, S. 59.1. 161; Poitiers, 18 janvier 1864, S. 64.2.198; Douai, 7 juillet 1875, S. 77.2. 257 (considérants).

sûretés qui garantissaient le paiement de cette obligation. Cela est conforme à la règle de l'article 1278, d'après lequel les privilèges et hypothèques sont éteints, à moins qu'il n'en ait été fait une réserve expresse. Et dans l'une et dans l'autre opinion on aboutit à ce résultat que le créancier, qui n'est pas rendu propriétaire, a tout simplement un recours en garantie, lui permettant de réclamer au débiteur des dommages-intérêts.

A l'appui de ces considérations de principe, on invoque le vieil adage : *obligatio semel extincta non reviviscit*. La preuve que cet adage doit recevoir encore aujourd'hui son application, c'est que l'article 2038 déclare les cautions définitivement libérées, si une éviction de la chose donnée en paiement vient à se produire. La dette des cautions subsisterait, si l'obligation n'était pas éteinte. L'article 2038 n'est que l'application du droit commun (arg., art. 1278); la solution qu'il donne doit être appliquée aux privilèges et hypothèques attachés à l'ancienne créance.

Et enfin, ajoute-t-on, cette solution est conforme à l'intention des parties : « On ne doit pas croire, en effet, que le créancier a entendu conserver pour ainsi dire indéfiniment son ancienne action, avec les hypothèques, priviléges et cautionnement qui y étaient attachés, pour le cas, si incertain, d'éviction : on doit penser, au contraire, qu'il a entendu se contenter à la place de la chose à lui livrée, de l'action éventuelle de garantie, le cas échéant[1]. »

85. — Nous ne saurions admettre un pareil raisonnement. Quand on soutient que la dation en paiement est une vente ou une novation, on décompose en réalité cette opération en deux actes distincts : il y a d'abord une convention qui

[1] Duranton, XII, n° 82, p. 126.

éteint la dette (novation, compensation conventionnelle), puis une obligation nouvelle naît à la charge du débiteur; cette deuxième obligation a beau n'être pas accomplie, la première n'en est pas moins éteinte. Pour nous, le point de vue est tout différent. La dation en paiement est un acte simple, comme le paiement; la prestation accomplie par le débiteur n'a pas pour but d'éteindre une dette nouvelle qui serait née à charge de ce dernier; cette prestation est faite en vue d'anéantir la dette primitive, qui seule existe à charge du débiteur. Si l'événement démontre que cette prestation n'a pas été fournie, la dette primitive n'a pas été éteinte. Il ne s'agit donc pas du tout de faire revivre une créance anéantie; il s'agit d'exercer un droit qui subsiste toujours; et à l'adage invoqué dans l'autre système, on peut en opposer un autre : *solutum non videtur, quod solutum non durat.* « Ces sortes « de paiement, disait Domat, en parlant d'hypothèses de *datio* « *in solutum*, renferment la condition qu'ils subsisteront[1]. » Et Loyseau[2], disait de même : « Si la chose baillée en paie- « ment n'est tellement transférée à l'acquéreur qu'elle ne « luy puisse être ostée, la debte n'est point acquittée ni le « débiteur libéré. »

86. — L'idée émise par Duranton n'est pas conforme à la réalité des faits; il est bien plus naturel de penser, au contraire, que l'intention du créancier a été de libérer le débiteur, seulement s'il obtenait satisfaction pleine et entière. C'est seulement à cette condition qu'il a renoncé à se prévaloir des droits qui existaient en sa faveur. Si l'article 2038 décide cependant que les cautions sont libérées, c'est par dérogation aux principes, ainsi que cela résulte de l'examen

[1] *Lois civiles*, liv. III, tit. I, sect. 7, n° 6.

[2] *Du déguerpissement*, liv. VI, ch. IV, n° 15.

de notre ancien droit sur cette question (*suprà*, n° 2, 4°). Les anciens auteurs admettaient sans discussion que s'il y avait éviction de la chose donnée en paiement, la créance n'était pas éteinte, et le créancier pouvait se prévaloir des hypothèques qui y étaient attachées[1]. Mais un doute s'était élevé sur le point de savoir si les cautions étaient toujours tenues; et nous savons que Renusson leur appliquait le principe dans toute sa rigueur. Basnage et Pothier, au contraire, par faveur pour les cautions (*benignius*) et en vertu de la règle que *nemo ex alterius facto prægravari debet*, les déclaraient définitivement déchargées, alors même que la dation en paiement n'aurait pas été translative de propriété; ils présentaient cette solution comme exceptionnelle, et non comme une application du droit commun. Le Code civil s'est rangé à l'avis de Basnage et de Pothier (art. 2038), mais aujourd'hui comme autrefois, c'est là une disposition exceptionnelle, toute de faveur pour les cautions.

Ainsi, et en résumé, le créancier qui n'est pas satisfait a le droit d'exercer son ancienne action[2]; toutes les sûretés accessoires sont maintenues, sauf les cautionnements (art. 2038). Étudions successivement le principe et l'exception.

87. — Le créancier peut exercer son ancienne action, et il peut se prévaloir des sûretés qui y étaient attachées. Occupons-nous seulement de l'hypothèse où la sûreté est une hypothèque : c'est le cas le plus ordinaire : cette hypo-

[1] Domat, Loyseau, *loc. cit.* — Pothier, *Obl.*, n^os^ 407-4° et 543. — Denisart, v° *Abandon*, § 2.

[2] En ce sens, Troplong, *Privilèges et hypothèques*, IV, 847 et s., p. 6 et suiv.; Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1230, p. 1084; Ponsot, *Cautionnement*, n° 351, p. 444; Martou, *Hypothèques*, IV, n° 1336, p. 12; Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 243, p. 331; Mourlon, III, n° 1162, p. 533 (11^e^ édit.); de Ségogne, *Th.*, p. 140; Bisson, *Th.*, p. 163 et suiv.

thèque subsiste, et le créancier peut l'invoquer contre les créanciers chirographaires du débiteur, et aussi contre les créanciers hypothécaires postérieurs en date[1]. Ce résultat n'est pas inouï dans notre droit, et nous trouvons dans l'article 2177, C. civ., une solution analogue.

Un créancier hypothécaire est devenu propriétaire de l'immeuble sur lequel portait son droit d'hypothèque. Un autre créancier hypothécaire le poursuit comme tiers détenteur, et le contraint à opérer le délaissement; l'immeuble est ensuite adjugé à un étranger. C'est une véritable éviction que subit le tiers détenteur; l'article 2177 décide qu'il peut se prévaloir de son hypothèque, à l'effet d'obtenir son paiement. Or il se pourrait que le créancier hypothécaire eût acquis l'immeuble (avant le délaissement) par une dation en paiement. En pareil cas, si l'hypothèque subsiste, c'est que le créancier n'a pas reçu satisfaction, c'est que la dation en paiement n'a pas été efficace. Pourquoi ne pas étendre la solution de l'article 2177 au cas où l'hypothèque porterait sur un autre bien que l'immeuble donné en paiement? On n'en voit aucune bonne raison.

88. — La solution que nous venons de donner n'est vraie d'une façon absolue qu'autant que l'hypothèque a été dûment conservée. Mais il arrivera très-fréquemment que le créancier sur la foi de la dation en paiement aura donné mainlevée de l'inscription au débiteur, et lui aura permis d'en requérir la radiation, ou bien encore il n'aura pas renouvelé en temps utile son inscription, et l'aura laissé périmer. Dans ces conditions, si une éviction se produit, le créancier, pour revivifier son hypothèque à l'égard des tiers, devra prendre une nouvelle inscription. Cette inscription aura-t-elle pour

[1] Troplong, *loc. cit.*, n° 855, p. 17.

résultat de restituer à l'hypothèque la situation et le rang qu'elle occupait précédemment, ou bien ne produira-t-elle d'effets qu'à sa date? On ne peut répondre à cette question que par des distinctions.

Supposons d'abord que, dans l'intervalle qui s'est écoulé depuis la radiation ou depuis l'époque où la péremption s'est produite, les choses soient restées en l'état, de telle sorte que le créancier, dont l'hypothèque subsiste se trouve en présence des mêmes personnes à l'encontre desquelles il aurait pu, avant la radiation ou la péremption, se prévaloir de son droit hypothécaire; ce sont, par exemple, des créanciers hypothécaires de rang postérieur; c'est un tiers détenteur qui avait fait transcrire son titre d'acquisition, postérieurement à l'inscription de l'hypothèque du créancier dont nous parlons, mais avant l'époque de la radiation ou de la péremption de cette inscription. A l'égard de ces tiers, l'hypothèque doit reprendre effet[1]. On peut dire sans doute qu'ils avaient compté sur l'extinction définitive de la dette, et que par conséquent le rétablissement de l'état de choses antérieur va les tromper dans leurs légitimes espérances. Cela est vrai; mais la dette n'a pas été éteinte, et elle subsiste avec tous ses accessoires, et à l'égard de tous (sauf à l'égard des cautions). Ce principe est absolu; on ne peut se soustraire à son application, au point de vue spécial qui nous occupe, que tout autant qu'il est en contradiction avec le principe de la publicité. Or cela n'est pas. Les règles de publicité ont pour but de protéger les tiers, au moment où ils traitent avec le propriétaire ou la personne qui se présente comme telle. Or, quand les créanciers hypothécaires postérieurs en rang ou le

[1] En ce sens, la jurisprudence et la majorité des auteurs. V. Aubry et Rau, § 281, note 42, III, p. 395, et les autorités qu'ils citent; Thézard, *Priv. et hypoth.*, nº 266, p. 362.

tiers acquéreur ont traité avec le propriétaire de l'immeuble hypothéqué, l'hypothèque du créancier, qui a subi l'éviction, existait, et ils ont pu la connaître, puisqu'elle était inscrite. La réapparition de cette hypothèque, si elle détruit une espérance qu'ils avaient pu concevoir, ne lèse en aucune façon les droits qu'ils avaient acquis. L'existence de l'hypothèque ne les avait pas empêchés de traiter avec le propriétaire; ils n'ont pas à se plaindre, car ils sont précisément replacés dans la situation où ils étaient, au moment de l'acquisition de leur droit. Le créancier, dont l'inscription avait été indûment rayée, cherche à éviter un dommage (*certat de damno vitando*); les créanciers hypothécaires ou le tiers acquéreur, qui combattent sa prétention de faire rétablir l'inscription, cherchent à améliorer leur situation (*certant de lucro captando*); le premier est plus digne d'intérêt; il doit l'emporter[1].

Les mêmes motifs doivent nous conduire à décider en sens contraire pour le cas où le créancier, qui veut prendre une nouvelle inscription, se trouve en présence de créanciers hypothécaires ou de tiers acquéreurs ayant inscrit ou transcrit leur titre depuis l'époque où la première inscription avait été radiée ou périmée. Le principe de publicité s'oppose à ce qu'une hypothèque, qui à leur égard n'existait pas, puisse valoir à leur encontre; cette hypothèque n'était pas portée sur les certificats qui leur ont été délivrés par le conservateur; ils étaient dans la même situation que si elle n'eût pas été inscrite; ils ont un véritable droit acquis et non plus une simple espérance; la nouvelle inscription ne doit pas pouvoir

[1] Il faut cependant faire une restriction, s'agissant du tiers acquéreur : s'il a payé son prix entre les mains de son vendeur ou entre les mains des autres créanciers hypothécaires, il ne pourrait plus être inquiété, car il s'agirait pour lui aussi d'éviter un préjudice (Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 397).

leur porter préjudice. On ne pourrait décider autrement « sans ébranler la base du régime hypothécaire [1]. »

89. — Supposons un concours entre le créancier qui a requis une inscription nouvelle, un créancier hypothécaire inscrit avant la radiation, et un créancier hypothécaire inscrit postérieurement. Par exemple, Primus, créancier de 10,000 francs a une hypothèque sur le fonds A, lequel vaut 20,000 francs. Secundus est inscrit sur le même fonds, mais postérieurement à Primus, pour 5,000 fr. Ce dernier reçoit un immeuble en paiement de la créance, et il laisse opérer la radiation de son inscription. Alors Tertius vient à son tour se faire inscrire pour la garantie d'une créance de 10,000 fr.

Primus est évincé de la chose reçue; il requiert une nouvelle inscription. Cette inscription est opposable à Secundus, mais non pas à Tertius, et ce dernier pourtant doit être primé par Secundus. Comment régler ce conflit? Duranton a proposé une solution très-acceptable [2]. On fera les collocations comme si Primus était rétabli dans son rang primitif *erga omnes*. Il sera donc colloqué pour 10,000, Secundus pour 5,000, Tertius pour 5,000. Mais comme le droit de Tertius est opposable à Primus, il pourra se retourner contre lui, et exiger sur sa collocation le complément de sa créance, soit 5,000. Primus n'obtiendra donc en somme que 5,000 fr. ce qui sera regrettable; mais toute autre solution est impossible, car elle léserait les droits soit de Secundus soit de Tertius.

90. — Arrivons à l'exception. Aux termes de l'article 2038 : *L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale,*

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 396, note 41; et Thézard, *loc. cit.*, p. 362, *in fine*. — *Contrà*, Laurent, XXXI, n° 197, p. 167.

[2] Duranton, XX, n° 203, p. 318; Bisson, *Th.*, p. 169.

décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé. Cette décision, nous le savons, est fondée sur le motif d'équité, que la caution, à la suite de la dation en paiement, a eu juste sujet de se croire libérée, et n'a pris aucune précaution pour assurer, le cas échéant, son recours contre le débiteur principal; comme le dit Basnage, elle pourrait se trouver engagée, « après avoir espéré que le créancier n'avait plus rien à lui demander. » On ne veut pas que ce soit la caution qui subisse les conséquences de l'insolvabilité, qui pourrait ultérieurement atteindre le débiteur.

Tout cela était-il bien suffisant pour autoriser une dérogation au principe général que nous avons posé? Il est permis d'en douter. La caution est, il est vrai, très-digne d'intérêt, mais le créancier ne l'est pas moins. En se contentant d'une chose autre que la chose due, il a fait preuve de beaucoup de bonne volonté à l'égard de la caution; il aurait pu poursuivre l'exécution directe de l'obligation, et agir contre la caution, dans le cas où le débiteur eût été dans l'impossibilité de le satisfaire; il ne l'a pas fait, et maintenant on le prive de tout recours contre la caution. Aussi qu'arrivera-t-il en fait? C'est que le créancier, par crainte de l'application de la disposition de l'article 2038, se montrera plus difficile, plus exigeant; il se refusera à accepter une chose autre que la chose due, et poursuivra l'exécution stricte de son droit soit contre le débiteur principal, soit contre la caution. Par exemple, le débiteur est dans l'impossibilité de payer à l'échéance; il n'a qu'un immeuble, dont il est bien réellement propriétaire, et dont la valeur couvre à peu près le montant de sa dette; il l'offre au créancier. Celui-ci, craignant que la propriété n'appartienne pas au débiteur, et que l'article 2038 ne lui soit plus tard opposé par la caution, s'il vient à être évincé, refuse. Il procède alors à la saisie, et fait vendre l'immeuble.

Cela entraînera des frais; la vente se fera peut-être dans de mauvaises conditions, de telle sorte que le produit net ne couvrira pas le montant de la dette. Le créancier agira donc contre la caution pour tout ce qu'il n'aura pas obtenu, à la suite de la saisie. Résultat fâcheux, qui aurait été évité par une dation en paiement. On voit donc que la disposition de l'article 2038, par la défiance qu'elle inspire au créancier, aboutira souvent, sous couleur de protection, à causer à la caution un véritable préjudice.

91. — Aussi, conçoit-on la possibilité d'une réserve des droits du créancier contre la caution, pour le cas où une éviction viendrait à se produire. Pas de difficulté, si la caution a consenti à cette réserve, et nous venons de voir qu'elle aurait intérêt à le faire. Mais supposons que la caution ne soit pas intervenue à l'acte de dation en paiement, et qu'il y ait eu simplement dans cette réserve une condition mise par le créancier à l'acceptation d'une chose autre que la chose due. Cette réserve est-elle valable et est-elle opposable à la caution? Basnage, dans l'ancien droit, avait soutenu la négative, et la même solution est encore admise aujourd'hui par plusieurs auteurs[1]. En effet, dit-on, la réserve des droits du créancier contre la caution ne saurait empêcher l'effet de la dation en paiement, et cet effet a été d'éteindre la dette *erga omnes*.

La solution contraire me paraît préférable. La disposition de l'article 2038 est une disposition exceptionnelle; il doit être permis aux parties de l'écarter pour revenir au droit commun. L'extinction de la dette n'est pas définitive, voilà le principe; le débiteur n'est libéré que tout autant que le

[1] Basnage, *Hypoth.*, II, ch. VII, p. 118; Troplong, *Du cautionnement*, n° 583; Pont, *Petits contrats*, II, n° 404, p. 218.

créancier est pleinement satisfait; si la disposition de l'article 2038 n'existait pas, il faudrait en dire autant pour la caution. L'article 2038 n'est pas d'ordre public; le créancier doit pouvoir en écarter l'application, car il est libre de mettre à son acceptation toutes les conditions qu'il lui plaît. Les termes mêmes de l'article sont favorables à cette opinion. Il exige que l'acceptation de la dation en paiement soit *volontaire,* ce qui implique une acceptation sans condition ni réserve. Et enfin, le motif qui justifie la disposition de l'article 2038 est inapplicable ici. La caution est déchargée en principe, parce qu'elle avait eu juste sujet de se croire libérée, et qu'elle n'a pas pu prendre les précautions nécessaires pour s'assurer un recours, le cas échéant. Or, quand le créancier réserve précisément son droit contre la caution, celle-ci n'est pas libérée, parce qu'elle sait alors (la condition mise par le créancier à son acceptation le lui apprend suffisamment), qu'elle peut se trouver éventuellement exposée à l'action du créancier. Seulement, il faut lui permettre de se précautionner contre les chances de perte, et elle pourrait trouver un secours à cet égard dans la disposition de l'article 2032-4°, C. civ. Si le débiteur lui objectait que son action n'est pas fondée, parce que la dette est éteinte, elle répondrait avec raison que cette extinction n'est que conditionnelle et qu'elle n'y trouve pas la sécurité à laquelle elle a droit[1].

92. — Supposons que le créancier n'ait fait aucune réserve; la caution se trouve libérée par le fait de l'acceptation de la chose donnée en paiement, alors même que le créancier viendrait plus tard à subir une éviction. Quelle est exactement la portée et l'étendue d'application de cette règle? A

[1] En ce sens, Laurent, XXVIII, n° 282, p. 283; Bisson, *Th.*, p. 160.

quelles personnes s'applique-t-elle; dans quels cas doit-elle être admise?

Quant aux personnes, l'article 2038 contient une disposition de faveur pour les cautions; il ne peut donc être invoqué que par les cautions, et je ne crois pas qu'on ait le droit de l'étendre notamment aux personnes que l'on désigne sous le nom de cautions réelles, c'est-à-dire aux tiers qui avaient hypothéqué leur immeuble pour sûreté de la dette. Ces personnes sont des cautions en ce sens que leur obligation (limitée à la chose hypothéquée) est accessoire, et qu'elles ont un recours contre le débiteur dans les termes des articles 2028 et suivants. Mais leur situation est assez semblable à celle de tiers détenteurs, et nous savons que ceux-ci ne pourraient pas se prévaloir de la disposition de l'article 2038 (*suprà*, n° 88). L'article 2038 est un texte exceptionnel; il doit être interprété strictement, et ne saurait être étendu en dehors de l'hypothèse spéciale qu'il prévoit.

Il ne faut pas toutefois exagérer ce point de vue; l'article 2038 s'applique aux cautions solidaires aussi bien qu'aux simples cautions. La Cour de cassation l'a ainsi décidé par un arrêt du 10 mai 1858 [1]. On avait invoqué en sens contraire la disposition de l'article 2021, d'où il résulte, avait-on dit, que la caution qui s'est engagée solidairement avec le débiteur est un véritable codébiteur solidaire. Mais ceci n'est pas exact. En se soumettant à la solidarité, la caution abdique, il est vrai, une des prérogatives, celle de se prévaloir du bénéfice de discussion; mais elle n'en reste pas moins une caution, et à ce titre elle doit pouvoir se prévaloir de l'article 2038.

93. — L'article 2038 exige pour que la caution soit déchar-

[1] S. 59.1.161; Laurent, XXVIII, n° 280, p. 282.

gée qu'il y ait eu acceptation *volontaire* de la dation en paiement par le créancier. Cela signifie tout d'abord que le consentement du créancier doit avoir été libre et exempt de tout vice. Si le créancier avait accepté la dation en paiement sous l'empire du dol, de la violence ou de l'erreur, on ne pourrait pas dire que cette acceptation a été volontaire, et si la nullité de la dation en paiement était ensuite demandée, le créancier recouvrerait son action primitive avec son recours éventuel contre la caution [1].

Ce n'est pas tout. Il est possible, nous le savons, qu'une dation en paiement soit forcée pour le créancier, puisse lui être imposée. Alors encore, il faudrait écarter l'application de l'article 2038, puisqu'on est en dehors de ses termes. Mais voici qu'une *facultas solutionis* a été stipulée en faveur du débiteur, soit au moment de la convention primitive, soit postérieurement; le débiteur remet au créancier la chose *in facultate,* laquelle est enlevée à ce dernier par une éviction. Le créancier pourra-t-il prétendre que l'article 2038 est alors inapplicable? On l'a soutenu, en disant que le créancier est *obligé* d'accepter la dation en paiement, en cette hypothèse [2]: mais cela n'est pas exact, puisqu'il s'agit d'une *facultas solutionis* conventionnelle, que le créancier a volontairement acceptée. — Est-ce à dire que nous appliquerons dans tous les cas l'article 2038? Non, et il faut faire une distinction. Ou bien la *facultas solutionis* a été stipulée postérieurement à l'engagement de la caution, ou bien elle a été convenue dans l'acte même de cautionnement ou même antérieurement à cet acte. Au premier cas, la solution de l'article 2038 s'impose, car on

[1] On cite comme ayant fait application de la même idée, un arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 1863, S. 63.1.187. Mais il est difficile d'admettre qu'il y ait eu, en l'espèce, une véritable dation en paiement.

[2] De Ségogne, *Thèse*, p. 138.

ne voit aucune raison de distinguer. Au second cas, il faut, avec la Cour de cassation [1], écarter la disposition de l'article 2038, non pas que l'on puisse dire, comme on l'a fait, que le créancier alors est forcé de recevoir une chose autre que la chose due, puisqu'il avait accepté cette chose par une convention antérieure; mais, dans cette hypothèse, la caution a connu la *facultas* laissée au débiteur, au moment où elle s'engageait; elle a accédé à la dette telle qu'elle se comportait alors ; elle garantit le paiement de la chose *in facultate solutionis* aussi bien que le paiement de la chose *in obligatione;* elle n'est libérée qu'autant que le créancier a reçu satisfaction par l'accomplissement de l'une ou de l'autre prestation.

94. — Supposons que le débiteur ait donné en paiement une chose appartenant à la caution; l'hypothèse n'est pas chimérique, elle s'est présentée dans les faits [2]. La première question qui se pose, c'est de savoir si la caution ou ses ayants-cause pourront revendiquer la chose entre les mains du créancier. L'affirmative n'est pas douteuse; il n'y a pas à appliquer la maxime : *Qui doit garantir ne peut évincer,* car la caution n'a accédé qu'à la dette même, et elle n'est pas tenue de l'obligation de garantie quant à la chose donnée en paiement. Mais quel sera le droit du créancier évincé? Pour ceux qui considèrent l'article 2038 comme une application du droit commun, et qui disent que l'action primitive est éteinte définitivement, la caution et ses ayants-cause ne peuvent pas être inquiétés par le créancier, car ils ont été déchargés par la dation en paiement, bien qu'elle n'ait été qu'apparente.

Le tribunal de Castelsarrazin a décidé, au contraire, et

[1] Cass., 23 novembre 1857, S. 58.1.687. Nous n'adoptons pas les motifs de cet arrêt, qui suppose que la dation en paiement est une novation, et que l'article 2038 est une application du droit commun.

[2] Tribunal de Castelsarrazin, 29 juin 1850, S. 50.2.417.

avec raison, que l'article 2038 était inapplicable. Et en effet les motifs sur lesquels ce texte est fondé ne se rencontrent pas ici; il n'est pas exact de dire que la caution a eu juste sujet de se croire libérée; en supposant même qu'elle ignorât que la chose donnée en paiement lui appartînt, elle se serait vite aperçue du vice de la dation en paiement, si elle avait eu plus de souci de ses propres affaires; le créancier est fondé à lui reprocher sa négligence, et il ne doit pas avoir à en souffrir. Et si elle a su que la dation en paiement était faite avec sa propre chose, il y aurait une véritable fraude de sa part à priver à la fois le créancier et de la chose et de la garantie sans laquelle celui-ci n'aurait pas accordé de crédit au débiteur principal. « S'il en pouvait être autrement, a fait remarquer « le tribunal, le créancier serait exposé dans un grand nom- « bre de circonstances à être la victime de la collusion frau- « duleuse du débiteur et de la caution. » Pour éviter un pareil résultat, il faut décider que la caution reste tenue, nonobstant l'article 2038.

SECTION II.

Effet translatif de la dation en paiement.

95. — Quand la dation en paiement a pour objet un droit quelconque, droit de propriété, droit réel, droit de créance, elle implique transmission de ce droit au créancier. Il y a de la part du débiteur une aliénation, de la part du créancier une acquisition nouvelle. Cela conduit à une série de conséquences, intéressantes à déterminer. En parlant de l'effet extinctif de la dation en paiement, nous n'avions guère à nous préoccuper que des relations du créancier et du débiteur l'un à l'égard de l'autre; la transmission qui résulte de la dation en paiement met en jeu les relations des parties

entre elles, et aussi leurs relations à l'égard des tiers. Plaçons-nous successivement à l'un et à l'autre de ces points de vue.

§ 1er. *Entre les parties.*

96. — I. Entre les parties, le principal effet de la dation en paiement, considérée comme acte translatif, c'est l'*obligation de garantie,* qui peut, le cas échéant, peser sur le débiteur.

Supposons que la dation en paiement ait eu pour objet une chose n'appartenant pas au débiteur. Nous savons qu'en pareil cas, cette opération est nulle, et ne produit pas l'effet extinctif que les parties ont voulu réaliser. Mais ce n'est pas tout; la dation en paiement étant un acte translatif, elle implique à ce titre que le créancier a droit à la garantie : le créancier, qui n'est pas rendu propriétaire, et qui vient à subir une éviction, peut exercer son recours, et par l'action de sa créance primitive, et par l'action en garantie.

Nous avons constaté que, d'après un grand nombre de jurisconsultes, la créance primitive était éteinte définitivement, même quand la dation en paiement n'était qu'apparente, et que le créancier venait à être évincé de la chose reçue; pour ces auteurs, le créancier évincé n'a d'autre voie de recours que dans une action en garantie; et telle paraît bien être, ainsi que l'avons dit, l'opinion de la jurisprudence (*suprà,* n° 84, à la note .

Mourlon, se plaçant à un point de vue tout opposé, ne reconnaît au créancier qu'un seul droit, celui de se prévaloir de son action primitive, et il lui refuse l'action en garantie [1]. Nous devons donc tout d'abord expliquer et justifier l'application de l'action en garantie à notre matière.

[1] Mourlon, *Rép. écrites,* III, n° 506, p. 241 (11e éd.).

97. — Le point de départ de la théorie de Mourlon, c'est que la garantie n'existe que dans la vente; on ne pourrait admettre l'obligation de garantie en matière de dation en paiement, qu'à la condition de considérer cette opération comme une vente, et c'est ce que faisaient nos anciens auteurs, Pothier, notamment, au n° 604 de son *Traité de la vente;* la dation en paiement n'étant pas une vente, il ne peut être question de l'obligation de garantie.

Mais, ainsi que nous l'avons démontré en étudiant le droit romain sur cette matière, il n'est pas nécessaire de recourir à l'assimilation avec la vente pour permettre au créancier d'agir en garantie; de ce que le motif invoqué par Pothier est inexact, il ne résulte pas que sa solution le soit également. La garantie n'est pas l'apanage exclusif de la vente; sans doute c'est dans la vente qu'elle se présente le plus souvent en fait, et c'est à propos de la vente qu'elle est étudiée par le Code civil (art. 1626 et suiv.), mais elle existe dans tous les actes impliquant une transmission à titre onéreux. « Toute « personne, disent MM. Aubry et Rau, qui a transmis, à « titre onéreux, un droit réel ou personnel, doit en garantir « le libre exercice à celui auquel elle l'a transmis, contre « tous troubles de droit procédant d'une cause antérieure « à la transmission [1]. » Ceci s'applique évidemment à la dation en paiement.

Et en effet, les motifs qui servent de fondement à la garantie existent ici comme en matière de vente. Quand une personne reçoit d'une autre personne un certain avantage, moyennant un équivalent qu'elle a dû lui fournir, elle est en droit de compter sur le maintien dans son patrimoine de cet avantage, et même sur le bénéfice qu'elle a légitimement re-

[1] Aubry et Rau, § 310-1°, IV, p. 115. *Adde*, Labbé, *De la garantie*, Rev. prat., 1865, XIX, p. 241 et suiv.

tiré de l'opération. Le créancier, qui a accepté une chose en paiement s'est habitué à la considérer comme définitivement entrée dans son patrimoine; si elle vient à lui être enlevée, il est juste qu'il soit complètement indemnisé de la privation que cette éviction lui cause. C'est qu'en effet son action primitive n'est peut-être pas suffisante, pour le rendre complètement indemne. Si, par exemple il a fait des impenses sur la chose, elles doivent lui être remboursées; son action originaire est impuissante à lui procurer ce remboursement: l'action en garantie lui fournit un recours à base bien plus large.

On pourrait objecter que l'existence de l'action en garantie est incompatible avec la persistance de l'action primitive. Nous avons dit que la propriété de la chose n'ayant pas été transférée au créancier, la dette n'avait pas été éteinte, qu'il n'y avait pas eu dation en paiement. Comment donc pourrait-il y avoir lieu à garantie? *Quod nullum est, nullum producit effectum.* Mais cet argument n'est pas concluant. La vente de la chose d'autrui est nulle aussi, et nulle, je le crois, de nullité absolue; et pourtant, elle donne lieu à la garantie. Il résulte de l'article 1693, C. civ., que si l'on a vendu une créance qui n'existait pas, l'obligation de garantie est ouverte; pourtant, il s'agit bien ici d'une cession, non pas seulement nulle, mais inexistante.

98. — En résumé, le créancier évincé de la chose donnée en paiement a droit à la garantie. Si l'on se demande quelles règles doivent être appliquées à ce recours, la réponse c'est qu'il faut s'en référer aux principes des articles 1626 et suiv. du Code civil. Il n'y a pas à objecter que c'est là reconnaître à la dation en paiement la nature et les caractères d'une véritable vente. Si nous étendons les règles de la vente, c'est qu'elle est le type des contrats à titre onéreux; c'est seule-

ment à propos de la vente que la loi a déterminé et précisé les règles de la garantie, en tant qu'elle est admise dans les actes d'aliénation à titre onéreux; ces règles il faut les étendre à toutes les hypothèses où l'obligation de garantie prend naissance; il y a lieu de les appliquer à la dation en paiement, comme on les appliquerait, par exemple, en matière de partage ou en matière de transaction, quand l'une des parties cède à l'autre un immeuble, qui ne formait pas l'objet du différend.

99. — Mais comment comprenons-nous que le créancier ait à la fois l'action de sa créance primitive et une action en garantie? A-t-il simplement le choix entre les deux actions, ou bien peut-il cumuler les avantages de l'une et de l'autre? La première opinion paraît bien avoir été admise par Troplong[1]. Mais il faut l'écarter ici comme nous l'avons écartée en droit romain; le créancier doit pouvoir cumuler les deux actions dans les limites de l'avantage que chacune d'elles peut lui procurer. Cela revient à dire qu'après avoir exercé l'une des deux actions, il pourrait exercer l'autre dans les limites de ce qu'elle a de plus avantageux. C'était, nous le savons, la solution de Pothier, et c'est le seul moyen de permettre au créancier d'obtenir la satisfaction complète à laquelle il a droit (V. au surplus, *Thèse romaine*, n^os^ 114, 115, 116).

Et quant aux avantages particuliers de chacune de nos deux actions, nous les connaissons déjà. Nous savons qu'en exerçant son action primitive, le créancier peut se prévaloir des sûretés accessoires qui y sont attachées (sauf l'application de l'art. 2038). Aucune sûreté n'est, au contraire, attachée à l'action en garantie, qui est une action nouvelle. D'un

[1] *Hypothèques*, IV, 852, p. 15, cbn. n° 7 du *Traité de la vente*, I, p. 18.

autre côté, l'action en garantie suppose que le créancier a été évincé ou tout au moins qu'il a subi un trouble dans sa possession; l'action de l'obligation primitive, au contraire, peut être intentée avant tout trouble effectif, par cela seul que le créancier est à même d'établir que le débiteur n'était pas propriétaire de la chose donnée en paiement[1]. L'action en garantie, d'autre part, est plus avantageuse en ce qu'elle permet au créancier de se faire tenir compte de tout le dommage causé par l'éviction, tandis que l'ancienne action ne peut avoir pour objet que le montant de la créance primitive. Le créancier, par l'action en garantie, peut donc se faire rembourser les frais de la dation en paiement, les fruits qu'il a dû restituer au propriétaire qui l'a évincé, les impenses qu'il a faites et qui ne lui ont pas été soldées par le revendiquant; il peut aussi se faire tenir compte des plus-values qui étaient survenues à la chose depuis la dation en paiement, indépendamment même de son fait (art. 1630, 1633, C. civ.). Inutile d'insister davantage sur ces différents points.

100. — Nous avons supposé jusqu'à présent qu'il y avait eu dation en paiement d'une chose appartenant à autrui, et que c'est à la suite de la revendication du véritable propriétaire que le créancier avait été évincé. Mais nos deux actions peuvent recevoir leur application dans d'autres hypothèses. Par exemple, le débiteur était bien propriétaire, mais son droit de propriété était soumis à une condition résolutoire qui vient à se réaliser; ou bien encore le bien donné en paiement était grevé d'hypothèques, et le créancier est évincé par l'effet de l'action hypothécaire, etc. Dans ces hypothèses

[1] Il en est de même en matière de vente. L'action en garantie suppose une éviction; l'action en nullité de l'article 1599 peut être intentée avant que l'acheteur n'ait éprouvé aucun trouble. — Aubry et Rau, § 351, note 47, IV, p. 355, cbn. § 355-1°, IV, p. 370. — *Adde*, § 356, note 18, IV, p. 397.

et dans des hypothèses de ce genre, il y a lieu à garantie, et, en outre, le créancier peut faire valoir sa créance originaire.

Cette dernière solution, toutefois, a été contestée, et on a dit que les deux actions n'étaient ouvertes au créancier qu'autant que la propriété de la chose ne lui avait pas été transférée. Si l'éviction provenait d'une cause différente, la dation en paiement aurait été valable dès l'origine, et la dette définitivement éteinte ne pourrait plus revivre[1].

Cette distinction ne saurait être admise. Elle suppose que la seule condition de validité de la dation en paiement c'est que la propriété de la chose ait été transmise au créancier. Or, nous avons posé une formule beaucoup plus large ; nous avons dit que la dation en paiement ne devait produire effet qu'autant que le créancier avait reçu satisfaction ; si le créancier est évincé à la suite de l'exercice des droits des créanciers hypothécaires sur la chose donnée en paiement, il est évident que cette condition n'est pas remplie ; par conséquent la dette subsiste et le créancier peut se prévaloir de son action primitive aussi bien que de l'action en garantie.

Et nous apercevons ici une nouvelle différence entre la vente et la dation en paiement. La vente de la chose d'autrui, comme la dation en paiement de la chose d'autrui, donne ouverture à deux actions, l'action en garantie, l'action en nullité du contrat (art. 1599). Mais tandis que cette dernière action se limite à l'hypothèse où le vendeur n'était pas propriétaire, l'action en garantie, elle, est admise en bien d'autres cas, tels, par exemple, que ceux que nous venons d'indiquer tout à l'heure. Or, en matière de dation en paiement, le créancier ne recouvre pas seulement son ancienne action dans l'hypothèse où il n'a pas été rendu propriétaire ;

[1] Dalloz, *Répert. alphab.*, v° *Obligation*, n° 2512.

il suffit qu'il n'ait pas été satisfait : le champ d'application de son action primitive est au moins aussi vaste que le domaine de son action en garantie.

101. — L'éviction pourrait n'avoir eu lieu que pour partie, ou bien elle pourrait résulter de la découverte de charges inconnues au moment de la dation en paiement. S'agissant de la garantie en matière de vente, les articles 1636 et suiv. font une distinction : ou bien la partie de la chose dont l'acquéreur est évincé est d'une telle importance, qu'il est à présumer que l'achat n'aurait pas eu lieu sans cette partie, et alors le créancier peut demander la résiliation de l'opération tout entière, ou bien cette partie n'a qu'une faible importance, et alors l'acquéreur a droit simplement à une indemnité.

Ces règles doivent être étendues à la dation en paiement, en tant que le créancier veut recourir en garantie; mais je ne crois pas qu'une telle distinction soit admissible, quant à l'action de la créance primitive. Cette action, le créancier peut l'intenter dans tous les cas où il n'a pas reçu satisfaction. Or c'est ce qui se produit quand il y a une éviction, quelque minime qu'elle soit. Le créancier, évincé pour partie, pourra, dans tous les cas, en remettant au débiteur ce qui lui reste de la chose reçue, exiger le paiement de sa créance.

102. — Nous devons maintenant nous préoccuper particulièrement de l'hypothèse où une *créance* a été cédée à titre de paiement. Dans quels cas y aura-t-il lieu à garantie? Dans quels cas le créancier recouvrera-t-il sa créance primitive? Nous distinguerons suivant que la dation en paiement a été réalisée sous forme de cession de créance ou sous forme de délégation.

1° *Cession.* — De droit commun, le cédant est tenu de garantir « l'existence et la légitimité de la créance, ainsi que

« son droit de propriété au moment du transport [1]. » Au contraire, il ne répond pas de la solvabilité du débiteur cédé (art. 1693, 1694). Ces principes doivent être admis en matière de dation en paiement; le créancier n'aura de recours en garantie à exercer que dans les limites du droit commun.

Dans les hypothèses où il peut agir en garantie, le créancier pourrait aussi, je crois, se prévaloir de la créance primitive; il y aura un intérêt tout particulier à raison des sûretés accessoires qui peuvent y être attachées. C'est, par exemple, une créance inexistante qui lui a été donnée en paiement; il n'a pas obtenu satisfaction; la dation en paiement n'a été qu'apparente : son droit originaire subsiste toujours. Mais dans quelles limites cela est-il vrai? Supposons que le débiteur cédé soit insolvable; on pourrait dire qu'alors le créancier n'a pas été satisfait et que sa créance n'est pas éteinte. Cependant je crois qu'il faut n'admettre la survivance de l'action primitive que dans les limites où il y a lieu à garantie d'après le droit commun. L'insolvabilité du débiteur, en effet, c'est une chance de perte qui pèse sur tous les créanciers (et le cessionnaire est devenu créancier par la cession), de quelque intérêt qu'ils soient dignes. De deux choses l'une, ou le cédé n'était pas solvable au moment de la cession, et alors le cessionnaire doit s'en prendre à lui-même d'avoir accepté cette cession à la légère sans prendre de renseignements, ou l'insolvabilité n'est survenue que postérieurement, et alors le cessionnaire est en faute de n'avoir pas mieux veillé à la conservation de ses droits. Dans tous les cas, on peut le considérer comme la victime d'un cas fortuit, dont le débiteur cédant, de bonne foi, ne doit pas être rendu responsable.

[1] Aubry et Rau, § 359 *bis*-6°, IV, p. 442.

Ceci d'ailleurs n'est vrai qu'à défaut de conventions spéciales, et on conçoit que le cédant garantisse au créancier soit la solvabilité actuelle, soit même la solvabilité future du débiteur cédé. Alors la dette primitive ne sera éteinte qu'autant que les conditions mises par le créancier à l'acceptation de la cession se trouveront réalisées. Ces clauses interviendront plus fréquemment ici que dans les cessions consenties moyennant un prix : le créancier, en effet, ne se résoudra pas aussi facilement qu'un cessionnaire ordinaire à courir les risques de l'insolvabilité du cédé; ce n'est pas un spéculateur; ce qu'il veut, c'est être payé : il cherchera pour cela à s'entourer du plus grand nombre possible de garanties.

103. — 2° *Délégation.* — La garantie due par le délégant au délégataire est plus étendue que celle qui est due par le cédant au cessionnaire.

Si nous supposons d'abord une délégation *imparfaite,* et c'est celle qui se présentera le plus ordinairement en fait, puisqu'elle est présumée (art. 1275), le délégant est garant du paiement de la dette nouvelle, c'est-à-dire qu'il répond de la solvabilité présente et future du débiteur délégué. Son recours, le créancier l'exercera soit par une action ordinaire en garantie, soit par son action primitive qui n'est pas éteinte, ainsi que l'article 1275 le décide formellement.

Au cas de délégation *parfaite,* au contraire, le délégataire a pris à ses risques les chances d'insolvabilité du délégué. Le délégant est en principe définitivement libéré. Par exception, l'article 1276 nous indique qu'il reste tenu dans deux cas, d'abord si le délégué était déjà insolvable au moment de la délégation (en état de faillite ou de déconfiture), et en outre si le délégataire a expressément réservé ses droits pour le cas d'insolvabilité future du délégué.

Dans ces deux cas, le créancier a certainement un recours

en indemnité contre le délégant; mais je crois, en outre, qu'il pourrait se prévaloir de son action primitive. Presque tous les auteurs, avec Pothier, se prononcent en sens contraire[1]; mais leur solution est en opposition avec l'intention du créancier. Au cas de convention expresse réservant son recours, le créancier n'a, en effet, entendu libérer son débiteur, qu'autant qu'il lui procurerait un nouveau débiteur solvable ; dans l'hypothèse où ce dernier était déjà en état de faillite ou de déconfiture, le créancier, s'il avait connu la situation, n'aurait sans doute pas déchargé l'ancien débiteur : telle est du moins la présomption de la loi. Dans les deux cas, la prestation, en vue de laquelle le créancier avait consenti à l'extinction de sa créance, n'est pas accomplie ; l'engagement d'un débiteur solvable ne lui a pas été procuré, comme il y comptait ; il n'y a pas dation en paiement; la dette primitive subsiste.

On objecte qu'il ne faut pas appliquer ici les principes de la dation en paiement, parce que la dette primitive est définitivement éteinte à titre de novation[2]. Mais cela n'est exact qu'autant que le délégataire a déclaré décharger le délégant, sans aucune condition ni restriction. Quand le créancier a réservé ses droits pour le cas d'insolvabilité du débiteur, ou quand cette insolvabilité existait déjà notoirement à l'époque de la délégation, on peut dire que la novation n'est que conditionnelle, et que son effet extinctif n'est produit qu'autant que le délégué est solvable, et s'acquitte entre les mains du délégataire (Arg., art. 1275, cbn., art. 1276).

104. — Une dernière question reste à examiner dans l'ordre

[1] Pothier, *Oblig.*, n° 604; Aubry et Rau, § 324, note 51, p. 222; Demolombe, XXXI, n° 323, p. 227. — Dans le sens indiqué au texte, Colmet de Santerre, V, 224 *bis*-II, p. 411.

[2] De Ségogne, *Th.*, p. 144.

d'idées où nous nous sommes placés. Le débiteur est-il tenu de la garantie des défauts ou vices cachés de la chose donnée en paiement, défauts qui viennent diminuer la valeur de cette chose ou la rendre impropre à l'usage auquel elle était destinée? Cette garantie spéciale est admise par la loi, particulièrement en matière de vente (art. 1641 et suiv.). De droit commun, l'acheteur peut se faire tenir compte des défauts et vices cachés de la chose, soit en se bornant à demander une diminution de prix (action *quanti minoris*), soit en rendant la chose et en se faisant restituer le prix qu'il a payé, avec les intérêts du jour du paiement (action rédhibitoire).

Pour les auteurs qui considèrent la dation en paiement comme une vente, les deux actions que nous venons d'indiquer doivent être étendues à notre opération, et c'est notamment ce que faisait Pothier au n° 606 de son *Traité de la vente*. Mais pour nous, la dation en paiement n'est pas une vente, et la question reste entière.

On a dit cependant, dans notre système, que la garantie des vices cachés devait être admise ici, parce qu'elle est de la nature des actes à titre onéreux[1]. Mais la responsabilité spéciale établie par les articles 1641 et suiv., ne constitue pas une véritable garantie[2]. Si la garantie proprement dite, c'est-à-dire l'obligation pour un aliénateur de prendre le fait et cause de l'acquéreur et de l'indemniser en cas d'éviction, doit être admise dans tous les actes à titre onéreux, il n'en est pas de même de la responsabilité quant aux défauts et vices cachés de la chose aliénée. Les règles relatives à cette matière avaient été considérées par le droit romain comme exceptionnelles; il doit en être de même encore aujourd'hui.

[1] Bisson, *Th.*, p. 177.

[2] Aubry et Rau, § 355 *bis*, note 1, IV, p. 386.

M. de Ségogne, tout en refusant d'étendre à la dation en paiement la théorie des vices rédhibitoires, accorde au créancier le droit de réclamer une indemnité [1]. Cela ne me paraît pas suffisant. La dation en paiement, en effet, implique toujours cette condition sous-entendue que le créancier doit obtenir satisfaction pleine et entière, pour que son droit soit anéanti. Si le vice est de la nature que nous avons indiquée, c'est-à-dire s'il rend la chose impropre à l'usage auquel elle était destinée, ou en diminue notablement la valeur, on peut dire que le créancier n'a pas été satisfait; par conséquent, il pourra faire annuler la dation en paiement, et il recouvrera ainsi son action originaire. — Ceci, d'ailleurs, n'est vrai qu'autant que le créancier a ignoré le vice dont il se plaint, car s'il l'avait connu, on pourrait dire qu'il a accepté la chose telle quelle, et il n'aurait aucune réclamation à formuler.

105. — II. Supposons maintenant une dation en paiement régulière; la chose donnée en paiement entre dans le patrimoine du créancier et elle y entre d'une manière définitive; mais quelle situation prend-elle dans le patrimoine? Y entre-t-elle à titre nouveau, ou bien remplace-t-elle exactement la créance à laquelle elle est substituée? La question présente un certain intérêt dans les hypothèses où il peut y avoir lieu à *subrogation réelle;* et il faut décider que la dation en paiement emporte subrogation réelle, dans tous les cas où cette subrogation est admise d'après les règles du droit commun. C'est ce qui a lieu, quand la créance dont il a été fait dation en paiement faisait partie d'une universalité juridique, conformément à l'adage traditionnel : *in judiciis universalibus, pretium succedit loco rei, et res loco pretii.* [2] La chose reçue en paiement vient alors prendre la

[1] *Th.*, p. 153.

[2] Aubry et Rau, § 575-2°, VI, p. 235 et suiv.

place de la créance, à laquelle elle est substituée. Supposons par exemple, une dation en paiement reçue par un héritier apparent. L'acte, nous le savons, est opposable au véritable héritier ; mais quand celui-ci intente la pétition d'hérédité, le défendeur est tenu de lui restituer avec la succession la chose qui lui a été donnée en paiement, et qui a pris la place de la créance héréditaire.

Dans un ordre d'idées voisin, des questions intéressantes se sont élevées; il s'agit de la situation qui est faite à un époux recevant une dation en paiement, à raison du régime matrimonial auquel ses biens sont soumis. Plaçons-nous successivement sous le régime de la communauté et sous le régime dotal.

106. — 1° *Communauté.* — L'un des conjoints, supposons que ce soit la femme, avait une créance propre contre un tiers; un meuble ou un immeuble est donné en paiement de cette créance, dans des conditions où cette dation en paiement peut être valablement opérée. Supposons un immeuble. Tombera-t-il dans la communauté, ou bien restera-t-il propre à la femme créancière? Au premier abord, on serait tenté d'admettre cette seconde solution, par analogie avec le principe posé par l'article 1407, et c'est ce qu'avait décidé, en effet, la cour de Paris par un arrêt du 21 février 1868. Mais la Cour de cassation a, avec raison, condamné cette décision[1]. Elle s'est fondée sur le principe général inscrit dans l'article 1401-3°, et d'après lequel toute acquisition d'immeuble faite à titre onéreux pendant le mariage est pour la communauté. Il en est autrement en cas d'échange (art. 1407) et en cas de remploi (art. 1434, 1435), mais ce sont là des exceptions en dehors desquelles

[1] Cass., 26 juillet 1869, S.69.1.401. *Adde,* Rouen, 23 février 1870, S. 71. 2.91.

il faut revenir au droit commun. La chose donnée en paiement à l'un des conjoints, pour une créance à lui propre, tombe donc en communauté, sauf la récompense due au conjoint par cette dernière.

Et ce résultat n'est qu'équitable. Si, en effet, la créance de l'époux avait été touchée directement, les deniers seraient tombés dans la communauté, sauf récompense, en vertu du droit de quasi-usufruit qui appartient à la communauté. La mari, chef de la communauté, aurait pu disposer de ces deniers; il aurait pu les employer notamment à l'acquisition d'un immeuble, lequel n'aurait pu être que commun; on peut considérer la dation en paiement comme une sorte d'emploi du capital de la créance; la communauté, qui aurait eu la propriété de ce capital, doit être propriétaire de la chose qui est substituée, sauf récompense.

Mais quel sera le montant de cette récompense? Il sera, pourrait-on dire, de la valeur de la chose reçue en paiement, puisque c'est de cette valeur que la communauté se trouve enrichie. Je crois cependant qu'il est plus juridique de s'attacher au montant de la créance primitive. Si cette créance avait en effet été acquittée directement, et que le mari eût ensuite employé des deniers à l'acquisition d'un immeuble, assurément la femme créancière ne pourrait pas prétendre à une récompense, calculée sur la valeur de cet immeuble; elle aurait droit simplement à une reprise égale à la somme entrée de son chef dans la communauté. Il doit en être de même dans l'hypothèse où il y a eu dation en paiement, car on peut dire qu'elle constitue un emploi des deniers provenant de la créance.

Les mêmes règles doivent être appliquées, au cas où un immeuble est donné en paiement d'une créance propre, dans l'intervalle qui s'écoule du contrat de mariage à la célébra-

tion (argt., art. 1404, al. 2). Si l'immeuble devenait propre, la communauté serait privée de la propriété de la créance, sur laquelle elle était en droit de compter, en vertu des règles du quasi-usufruit; le mari, chef de la communauté, aurait eu la libre disposition des deniers, s'ils avaient été soldés directement; il doit avoir le droit de disposer de la chose qui leur est substituée, sauf récompense.

Il faut d'ailleurs éviter de dire qu'il y a, dans les cas que nous venons d'indiquer, une véritable subrogation réelle. L'immeuble ne prend pas exactement la nature juridique du capital qu'il remplace, et notamment les pouvoirs du mari, chef de la communauté, seront déterminés d'après la nature immobilière du bien, et non pas d'après la nature de la créance à laquelle ce bien est substitué (Cpr. art. 1420, 1421, C. civ.).

107. — L'immeuble ne devient commun, dans les conditions que nous venons d'indiquer, qu'autant qu'il y a véritablement dation en paiement. Si l'acte, qualifié de dation en paiement, constitue en réalité une libéralité, la solution doit être renversée; l'immeuble deviendra propre, en vertu de l'article 1405, sauf récompense à la communauté pour les valeurs mobilières dont elle se trouve privée par suite de cette opération[1]. Les tribunaux auraient à apprécier en fait quel est le caractère dominant de l'acte, s'il constitue ou non une véritable libéralité.

D'un autre côté, nous avons supposé que la dation en paiement était faite en l'acquit de la dette d'un tiers envers l'un des époux. Il est bien évident qu'il y aurait constitution d'un propre, en cas de dation en paiement d'une créance de l'un des époux contre la communauté ou contre l'autre

[1] Aubry et Rau, § 507-3°, note 42, V, p. 294.

époux, que cette dation en paiement soit réalisée avec ou sans l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1435, lorsqu'il s'agit d'une créance de la femme (Cpr. art. 1595-2°).

108. — L'article 1406 va plus loin encore, et dans une hypothèse où il s'agit d'une *créance commune,* il décide que l'immeuble donné en paiement de cette créance, reste propre. D'après ce texte, en effet, l'immeuble qui est cédé à l'un des époux par son *ascendant,* en paiement de ce qu'il lui doit, ou à charge de payer ses dettes, n'entre point en communauté, sauf récompense ou indemnité. Nous ne nous occupons que de la première hypothèse, qui nous intéresse seule. A cet égard, la règle posée par l'article 1406, empruntée à notre ancienne jurisprudence, constitue ce qu'on a appelé *un accommodement de famille*[1]. Le plus souvent cette dation en paiement est accompagnée d'une véritable libéralité, et on rentre alors dans l'hypothèse que nous avons indiquée tout à l'heure; on peut dire, en outre, qu'il y a avancement d'hoirie, car si la dation en paiement n'était pas faite, l'époux recueillerait plus tard le bien dans la succession de son ascendant, et il lui demeurerait propre. Ajoutons enfin que, grâce à ce procédé, l'ascendant évite de vendre le bien, pour se procurer l'argent nécessaire à l'acquittement de sa dette.

Peu importe la cause en vertu de laquelle l'ascendant est débiteur de son descendant; ce peut être à raison d'un compte de tutelle, ce peut être à raison d'une dot promise par cet ascendant, etc. Mais il faut nécessairement que la dation en paiement émane d'un ascendant; si elle était faite par un parent à son parent, fût-ce même son héritier présomptif,

[1] Pothier, *Communauté*, n° 139.

l'immeuble ne deviendrait pas propre (Pothier, *Communauté,* n° 137).

L'article 1406 réserve le droit de la communauté à récompense ou indemnité. Quel sera le montant de la récompense? Elle sera, dit Pothier, du montant de la créance, dont la communauté se trouve privée (n° 136), et ce jurisconsulte ne paraît pas prévoir que la moindre difficulté puisse être élevée à cet égard. Mais M. Colmet de Santerre a proposé une autre solution assez ingénieuse [1]. La dation en paiement de l'immeuble constitue une avance sur la succession future de l'ascendant ; il faut donc tenir compte de la part que la communauté aurait supportée elle-même dans la dette, si l'immeuble avait été effectivement recueilli dans cette succession. Par exemple, l'ascendant, débiteur de 40,000 fr. a donné à son descendant un immeuble valant 40,000 fr. La récompense due à la communauté, d'après Pothier, est alors de 40,000. Mais, dit M. Colmet de Santerre, ce résultat n'est pas équitable. Supposons en effet la succession de l'ascendant ouverte ; elle se compose, par exemple, pour moitié de meubles, et pour moitié d'immeubles. La communauté recueillant la moitié de l'actif doit supporter la moitié de la dette de l'ascendant (art. 1414). Elle fera donc confusion avec elle-même pour 20,000 et n'aura droit à récompense que pour 20,000.

Quelque séduisant qu'il paraisse, ce système n'est pas admissible, à cause des difficultés pratiques auxquelles il aboutit. Supposons, par exemple, que la communauté se dissolve avant la mort de l'ascendant ; la liquidation de la communauté va se trouver empêchée, et il faudra attendre le décès de ce dernier, pour savoir quel sera le montant de la récompense. En réalité, on attache trop d'importance à l'idée que l'article

[1] C. de Santerre, VI, 34 *bis*-IV, p. 75 et suiv.

1406 constitue une ouverture anticipée de succession. Il se peut d'abord que le conjoint, qui a reçu la dation en paiement, ne soit pas le seul héritier du disposant, de sorte qu'au décès de celui-ci l'immeuble donné n'aurait peut-être pas été mis dans son lot. D'autre part, ce conjoint peut même n'être pas du tout l'héritier de son ascendant; c'est par exemple le petit-fils, et le fils existe encore au moment de la dation en paiement. Dans ces hypothèses, il est impossible de supposer une ouverture anticipée de succession.

En résumé, il vaut mieux s'en tenir à la doctrine de Pothier, qui est plus simple, et ne donne pas lieu aux mêmes difficultés pratiques.

109. — 2° *Régime dotal.* — La dot ne peut pas être modifiée pendant le mariage. Par application de cette idée, l'article 1553, al. 2, décide que l'immeuble donné en paiement de la dot constituée en argent n'est pas dotal. Cette règle s'applique, quand la femme donne un immeuble en paiement de la dot qu'elle a promise en argent (cpr. art. 1595-3°), quand l'immeuble est fourni par un ascendant ou par un tiers, en l'acquit d'une dot constituée en argent, et enfin quand un tiers débiteur donne un immeuble en paiement d'une créance dotale quelconque.

Mais quel est, dans tous ces cas, le sort de l'immeuble? Si les deniers dotaux avaient été payés, le mari serait devenu propriétaire; son droit ne doit pas être modifié à raison de la dation en paiement qui lui est faite; par conséquent cet immeuble est la propriété du mari, qui devient débiteur du montant de la créance dotale, ainsi réalisée [1].

Il se pourrait que la dation en paiement ait été faite directement au profit de la femme, soit par le constituant, soit par

[1] Aubry et Rau, 534-4°, note 22, V, p. 537; Guillouard, *Tr. du contrat de mariage*, n° 1744, IV, p. 60.

le débiteur dotal. L'article 1553 alors s'oppose à ce que l'immeuble cédé à la femme soit affecté de dotalité; il devient paraphernal, sous cette réserve cependant que le mari doit en avoir la jouissance, car il aurait eu la jouissance de la dot mobilière que cet immeuble représente [1]. Et nous devons en outre remarquer que l'immeuble ainsi acquis à la femme, doit, comme étant substitué à la dot mobilière, être inaliénable, dans le sens tout au moins où la jurisprudence déclare la dot mobilière inaliénable. L'immeuble formera sans doute le gage des créanciers de la femme, en sa qualité de paraphernal; il pourra être saisi et vendu par eux; mais il faudra mettre à part, dans le prix d'adjudication, et avant le paiement des créanciers, la valeur de la dot mobilière qui était représentée par cet immeuble.

La même situation pourrait encore se présenter après une séparation de biens prononcée; le mari, ayant à restituer à la femme sa dot immobilière, pourrait lui céder en paiement un immeuble à lui appartenant (art. 1595-1°). Dans les limites où cet immeuble représente la dot mobilière de la femme, il est inaliénable; si les créanciers de la femme le font saisir et vendre, il faudra mettre de côté le montant de cette dot mobilière, sur laquelle les créanciers n'avaient aucun droit [2].

La solution donnée par l'article 1553 ne s'applique qu'autant qu'il n'y a pas eu condition d'emploi stipulée par le contrat de mariage. La dation d'un immeuble en paiement de la dot mobilière, faite par le mari, par exemple, après séparation de biens, pourrait alors être considérée comme

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.*

[2] Cass., 12 avril 1870, S. 70.1.185; Aubry et Rau, § 538-2°, note 23, V, p. 611; § 539-3°, note 17, V, p. 622. — *Contrà*, Caen, 15 février 1870, S. 70. 2.117 et Guillouard, nos 2088 et 2115, IV, p. 384 et 414.

réalisant l'emploi, et par suite, l'immeuble serait dotal et inaliénable. Mais l'article 1553 s'applique, alors même que la femme se serait constituée en dot *tous ses biens présents et à venir*. Ce texte est conçu en termes très-généraux; il est fondé sur cette idée que la dot ne doit pas être modifiée pendant le mariage. Or, quelle que soit l'étendue de la constitution de dot, il y aurait toujours dans la dation d'un immeuble en paiement une modification résultant de ce que les deniers dotaux, mobiliers et aliénables au moins dans une certaine mesure, seraient remplacés par des immeubles absolument inaliénables[1].

§ 2. *A l'égard des tiers.*

110. — I. Pour que la dation, ayant pour objet un immeuble, soit opposable aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois, il est nécessaire qu'elle ait été transcrite (art. 1er, n° 1, L. du 23 mars 1855)[2].

Cette solution doit être appliquée dans toutes les hypothèses où l'on considère l'acte intervenu entre les parties comme une véritable dation en paiement; il faut donc transcrire les prélèvements en immeubles, opérés par la femme, même acceptante, sur les biens de la communauté ou de son mari, pour se couvrir du montant de ses reprises[3].

Il pourrait y avoir lieu à transcription, alors même que

[1] Cass., 12 avril 1870, S. 70.1.185; Aubry et Rau, § 534-4°, note 30, V, p. 539. — *Contrà*, Rodière, *Observ.* sous l'arrêt précité, et de Ségogne, *Th.*, p. 160.

[2] Aubry et Rau, § 209, notes 16 à 18, II, p. 292.

[3] Troplong, *Comment. de la L. du 23 mars 1855*, n° 62. — *Contrà*, Aubry et Rau, § 209, note 49, II, p. 301.

la dation en paiement n'aurait pas un immeuble pour objet. Par exemple, une personne m'a vendu un immeuble; du moment de la vente, je suis devenu propriétaire, alors même que la tradition ne m'a pas été faite (art. 1138, C. civ.); je consens à recevoir de l'argent ou des meubles à la place de l'immeuble que j'ai acheté; il y a de ma part renonciation à un droit de propriété immobilière et une véritable rétrocession à mon vendeur. Donc, à supposer que la vente primitive ait été transcrite, il faudra une nouvelle transcription, pour que la dation en paiement, quoique non faite en immeubles, soit opposable aux tiers de l'article 3 de la loi de 1855 (arg., art. 1er, n° 2, L. de 1855). Si nous supposons que c'est un immeuble qui est donné en paiement d'un autre immeuble, il faudra une transcription pour chacun d'eux, l'une en vertu de l'article 1er, n° 1, l'autre en vertu de l'article 1er, n° 2, de la loi de 1855.

La dation en paiement d'une créance, réalisée sous forme de cession, ne serait de même opposable aux tiers qu'autant que l'une des conditions de l'article 1690, C. civ., se trouverait remplie.

111. — II. A l'égard du véritable propriétaire, la dation en paiement est un juste titre pour la prescription de dix à vingt ans; si, en effet, elle eût été accomplie par le *verus dominus* lui-même, elle eût rendu le créancier propriétaire. Nous avons déjà eu à constater incidemment ce résultat, et nous avons dit que le créancier pourrait renoncer à la prescription acquise à son profit (*suprà*, n° 68).

Le créancier de bonne foi ferait siens les fruits de la chose donnée en paiement; il suffirait même pour cela qu'une personne ait cru avoir acquis la chose à titre de dation en paiement, car la seule condition requise pour l'acquisition des fruits par un possesseur, c'est la bonne foi (art. 549, C. civ.).

Si c'est un meuble qui a été donné en paiement, le créancier de bonne foi peut se prévaloir du principe de l'article 2279.

112. — III. La dation en paiement, acte d'aliénation, est susceptible en principe de donner lieu à l'exercice des divers retraits admis par notre droit. Nous avons vu, à cet égard, qu'il n'était pas nécessaire de dire, pour arriver à ce résultat, que la dation en paiement était une vente (*suprà*, n° 7), car ces retraits peuvent être exercés non seulement contre un acheteur, mais contre un acquéreur à un titre quelconque, ainsi que le décide l'article 1408, al. 2 (*adde*, art. 1699, cbn. 1701-2°).

Ainsi, le retrait successoral de l'article 841 serait ouvert contre le créancier auquel un cohéritier aurait cédé en paiement ses droits successifs. De même, il pourrait y avoir lieu de la part de la femme au retrait d'indivision contre le mari, à qui un débiteur, copropriétaire d'un immeuble avec la femme, aurait donné en paiement sa part indivise dans cet immeuble (art. 1408, al. 2).

Par exception, la faculté de retrait n'est pas ouverte contre une cession de droits litigieux faite par un débiteur à son créancier, à titre de dation en paiement (art. 1701-2°). Le retrait ici est fondé sur cette idée, que la cession de droits litigieux constitue de la part de celui qui se rend cessionnaire un acte de spéculation. Or, le créancier qui accepte en paiement une créance litigieuse n'est pas un spéculateur ; il s'est contenté de cette créance faute de mieux, et a eu uniquement en vue de sauvegarder ses intérêts.

D'après l'article 1597, les magistrats, avocats et officiers ministériels ne peuvent pas se rendre cessionnaires de procès, droits et actions litigieux, qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions. On

s'est demandé si les exceptions apportées par l'article 1701 au principe de l'article 1699 ne devaient pas être étendues ici, et si, notamment, il ne fallait pas permettre aux personnes énumérées en l'article 1597 d'accepter un droit litigieux en paiement de ce qui leur est dû. Les auteurs et la jurisprudence se prononcent avec raison pour la négative[1]. Le principe de l'article 1699 est établi pour la protection d'intérêts privés, et l'on comprend que des exceptions aient pu y être apportées. Au contraire, la prohibition de l'article 1597 met en jeu des considérations d'ordre public; elle a pour but de sauvegarder la dignité de la magistrature et de ses auxiliaires, et en même temps d'assurer la bonne administration de la justice; il ne peut donc pas y être apporté de dérogations (art. 6, C. civ.). Et il y a ici à craindre les abus d'influence ou d'autorité, aussi bien que dans le cas de vente : le magistrat ou l'officier ministériel, créancier du cédant peut, en présentant le droit litigieux comme mal fondé, en persuadant à son débiteur que son procès est mauvais, se faire attribuer ce droit pour une créance de faible importance. Pour éviter ces dangers, la loi s'est bien gardée d'apporter au principe de l'article 1597 les mêmes exceptions qu'elle avait indiquées pour l'article 1699 : l'interprète n'est pas autorisé à suppléer son silence sur ce point.

113. — IV. Plaçons-nous maintenant en présence des *créanciers chirographaires* du débiteur qui a accompli la dation en paiement. La dation en paiement leur est opposable en principe, et ils perdent le droit de gage qu'ils possédaient sur la chose donnée en paiement, comme sur tous les autres biens de leur débiteur (art. 2092, 2093). En opérant la *datio in solutum*, le débiteur a rompu l'égalité qui

[1] Aubry et Rau, § 359 *quater*-1°, note 12, IV, p. 434. — Rouen, 1er juillet 1852, S. 54.2.348.

existait entre les créanciers, et il a soustrait l'un deux à la loi du dividende; les autres n'ont pas en principe le droit de se plaindre, et un recours ne leur est ouvert contre cette diminution de leur gage que dans certaines circonstances exceptionnelles.

1° Une action en nullité leur est ouverte tout d'abord quand une dation en paiement a été faite entre époux, en dehors des cas où cette dation en paiement est exceptionnellement autorisée par l'article 1595, C. civ. La prohibition de l'article 1595 est fondée, nous le savons, aussi bien sur l'intérêt des créanciers des époux, que sur l'intérêt des époux eux-mêmes ou de leur héritiers : un des buts de la loi a été d'empêcher les époux de soustraire leurs biens à l'action de leurs créanciers (n° 8, *suprà*). Si donc une dation en paiement a eu lieu entre époux, en dehors des trois cas prévus par l'article 1595, cette dation en paiement est nulle, et les créanciers pourront se prévaloir de la nullité.

2° D'un autre côté la dation en paiement ne pourrait pas être faite par un individu en état de faillite. Après le jugement déclaratif, le failli est dessaisi de tous ses biens; les actes qu'il peut faire désormais ne sont pas opposables à la masse de ses créanciers.

En outre, aux termes de l'article 446, C. com., sont nulles et sans effet par rapport à la masse, les dations en paiement de dettes même échues, lorsqu'elles ont été faites depuis l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent. Ces actes sont nuls de nullité absolue, et le tribunal notamment n'aurait pas à se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi soit du failli, soit du créancier qui a accepté une chose autre que la chose due : du moment que la dation en paiement est intervenue pendant la période suspecte, le tribunal doit en prononcer la nullité.

Remarquons que la loi commerciale se montre beaucoup plus sévère pour les dations en paiement que pour les paiements. Les paiements ne sont déclarés nuls, que tout autant qu'ils sont faits en l'acquit de dettes non échues; s'ils sont accomplis pour des dettes échues, ils sont simplement annulables dans les termes de l'article 447, C. com. Au contraire, une dation en paiement serait nulle, alors même qu'elle s'appliquerait à une dette déjà échue. C'est là, en effet, un acte bien plus dangereux que le paiement proprement dit. Quand le créancier reçoit ce qui lui est dû, il ne frustre pas les autres créanciers, et on ne peut pas dire qu'il commette une fraude : *qui suum recipit, nullam videtur fraudem facere.* Mais si une personne reçoit une chose autre que la chose due, des soupçons de fraude peuvent s'élever; il est à craindre que la chose fournie ne soit d'une valeur supérieure au montant de la dette, et n'ait été donnée en paiement, en vue de la détourner de l'actif au détriment des autres créanciers; cela explique la rigueur particulière de la loi en notre matière.

114. — 3° Enfin, en dehors même de l'état de faillite et de la disposition particulière de l'article 446, C. com., les créanciers peuvent trouver un moyen de protection dans l'*action Paulienne* ou révocatoire de l'article 1167 du Code civil, pourvu, bien entendu, que les conditions requises de droit commun pour l'exercice de cette action se trouvent réunies.

Cette solution ne saurait être douteuse pour les auteurs qui considèrent la dation en paiement comme une vente suivie de compensation, car la vente est un acte qui tombe au premier chef sous le coup de l'article 1167. Mais pour nous qui considérons la dation en paiement comme un mode de paiement, la question est plus délicate.

C'est en effet une règle traditionnelle que le paiement ne donne pas ouverture à l'action Paulienne; tant mieux pour le créancier qui l'a reçu, tant pis pour ceux qui n'ont pas su se faire payer. « Le créancier qui reçoit de son débiteur ce « qui lui est dû, dit Domat[1], ne fait point de fraude, mais « se fait justice en veillant pour soi comme il lui est permis. « Et quoique son débiteur se trouve insolvable et que, par ce « paiement, il n'en reste pas assez pour les autres créanciers, « ou que même il ne reste rien, il n'est pas tenu de rendre « ce qu'il a reçu pour son paiement; mais les autres créan- « ciers doivent s'imputer de n'avoir pas veillé pour eux, « comme a fait celui qui s'est fait payer. » On pourrait soutenir que tout cela est vrai de la dation en paiement qui est un paiement, et que le créancier, en la recevant, n'a fait aussi que sauvegarder ses intérêts, et veiller à la garantie de sa créance.

Mais la dation en paiement donne lieu, je crois, à l'application de notre action. Le créancier, en effet, ne reçoit pas ce qui lui est dû; il reçoit autre chose; la dation en paiement est un acte dangereux, et elle doit inspirer la méfiance; on peut craindre que le débiteur n'en profite non seulement pour soustraire l'un de ses créanciers à la loi du dividende, mais encore pour l'avantager au détriment des autres, en lui donnant une chose d'une valeur peut-être très-supérieure au montant de sa créance. L'article 446, C. comm., nous prouve bien que c'est dans cet ordre d'idées que notre législateur s'est placé, puisqu'il prononce la nullité absolue de la dation en paiement, même quand elle est faite en l'acquit d'une dette échue.

Ainsi, les créanciers pourront exercer l'action révocatoire

[1] Domat, *Lois civiles*, liv. II, tit. 10, sect. 1, n° 12.

de l'article 1167 pour faire rentrer dans le patrimoine du débiteur commun la chose donnée en paiement et ils le pourront dans les conditions ordinaires d'admission de cette action. Il suffirait donc que le créancier ait été *conscius fraudis,* c'est-à-dire qu'il ait su qu'en acceptant la dation en paiement, il rendait le débiteur insolvable ou augmentait son insolvabilité; c'est le droit commun, et il ne serait pas nécessaire, comme on paraît généralement l'exiger[1], qu'il y ait eu entente frauduleuse entre le débiteur et le créancier, dans le but de soustraire une partie du patrimoine du débiteur à la poursuite des autres créanciers. Si cette règle est vraie pour le paiement, elle ne saurait être étendue à la dation en paiement, acte dangereux et éminemment suspect.

SECTION III.

De la dation en paiement au point de vue des droits d'enregistrement.

115. — La dation en paiement est un acte complexe. Quand elle a pour objet de fournir un immeuble, un meuble corporel ou une créance, elle implique à la fois une libération et une transmission; le débiteur est libéré, le créancier acquiert la chose donnée en paiement. Au point de vue fiscal, on pourrait donc avoir la pensée d'appliquer à cet acte un double droit, droit de quittance, droit d'aliénation. Cette solution cependant n'est admise par personne; la libération et la transmission sont réciproquement causes l'une de l'autre; c'est en vue d'éteindre la dette que le débiteur a transféré la chose au créancier, et c'est parce que la chose

[1] Cpr. Demolombe, XXV, nos 225, 226, p. 231 et suiv. — Caen, 24 juillet 1857, Dall. 58.2.12.

est transmise que la dette se trouve anéantie. Nous sommes en présence d'un acte contenant « deux dispositions dépen- « dantes et qui dérivent nécessairement l'une de l'autre » (art. 11, *à contrario*, L. du 22 frimaire an VII, cpr. art. 10). Un seul droit doit donc être perçu [1].

116. — Mais quel sera ce droit? Sera-ce le droit de quittance, sera-ce le droit de transmission? L'administration de l'enregistrement, la jurisprudence et les auteurs sont d'accord pour appliquer ici le droit de transmission, et cette solution doit être considérée comme exacte; mais les motifs sur lesquels on se fonde pour la présenter ne me paraissent pas admissibles.

On part de cette idée que la dation en paiement est *une vente*, et on applique naturellement les droits perçus en matière de vente : par exemple, si c'est un immeuble qui est donné en paiement, il faudra percevoir le droit de 5,5 p. 0/0 établi par l'article 52 de la L. du 28 avril 1816. MM. Championnière et Rigaud précisent ainsi cette théorie : dans toute novation, disent-ils, la convention qui caractérise l'opération, est celle dont les obligations subsistent; or, ici, la convention nouvelle, c'est la vente; il faut donc percevoir les droits de vente, en considérant la libération du débiteur comme une disposition accessoire dépendante de la vente [2]. Nous avons suffisamment réfuté ce raisonnement pour n'avoir pas à y revenir ici; nous avons rejeté et l'idée de vente, et l'idée de novation; c'est donc ailleurs qu'il faut chercher un motif de décision.

L'administration de l'enregistrement a invoqué la considération suivante. On ne peut contester à l'administration,

[1] G. Demante, *Principes de l'enregistrement*, 1888, I, n° 71, p. 115.

[2] Championnière et Rigaud, n°s 959, 1232, 1783; G. Demante, I, n° 163, p. 194.

lisons-nous dans une délibération du 12 juillet 1883, la faculté de percevoir le droit *sur la stipulation la plus avantageuse au Trésor*. Il faut appliquer l'article 96 de l'ancien tarif du Contrôle, aux termes duquel « le droit sera pris sur « le pied de l'article le plus fort de tous ceux du tarif auxquels les dits contrats ou actes pourront avoir rapport. » Cette prétention n'est guère soutenable; d'abord, on ne saurait se prévaloir du tarif du Contrôle, qui n'est plus applicable aujourd'hui; et on a fait remarquer avec juste raison que les conventions sont passées dans l'intérêt des parties, non dans l'intérêt du Trésor[1].

Enfin, certains arrêts ont mis encore en avant une autre idée, pour déterminer le droit à percevoir, lorsqu'un acte contient plusieurs dispositions dépendantes les unes des autres. Le droit qui doit être perçu, dit la Cour de cassation, c'est celui *de la convention principale*[2]. Si cette idée était admise, c'est le droit de quittance qu'il faudrait percevoir et non le droit de transmission; il n'est pas douteux en effet que dans l'intention des parties, la convention principale, c'est l'extinction de la dette; c'est dans le but d'aboutir à cette extinction que la dation en paiement est faite; le raisonnement va directement à l'encontre du résultat auquel on prétend aboutir.

117. — Pour moi, l'idée déterminante est indiquée par MM. Championnière et Rigaud eux-mêmes : dans une opération à titre onéreux quelconque, la chose qui, au point de vue fiscal, sert à déterminer le tarif, c'est *celle qui s'éloigne le plus de la nature de l'argent*[3]. Or, la dation en

[1] Garnier, *Répert. général*, v° *Donation*, n° 6650-2°.

[2] Cass., 21 août 1872, S. 72.1.441.

[3] N°s 106-108. Cpr. Dictionnaire des droits d'enregistrement, v° *Dation en paiement*, n° 42.

paiement a le plus souvent pour objet d'éteindre une dette de somme d'argent, par la transmission d'une chose corporelle ou incorporelle; c'est donc au droit de transmission qu'il faut s'attacher. Et on peut invoquer, à l'appui de cette idée, différentes considérations. L'article 10 de la L. du 22 frimaire an VII, à propos d'un acte contenant des dispositions dépendantes, indique que c'est le droit de transmission qui doit être perçu. L'article 69, § 5-1° et § 7-1°, de la même loi, montre qu'au point de vue fiscal, tous les actes impliquant une translation de propriété à titre onéreux doivent être mis sur le même pied. L'article 52 de la L. du 28 avril 1816, qui détermine le droit à percevoir en matière d'aliénation d'immeubles, ne parle, il est vrai, que de la vente d'immeubles; mais nous avons à côté un autre texte, sous l'application duquel la dation en paiement entre tout à fait, c'est l'article 54 qui pose la même règle que l'article 52 *pour tous les actes de nature à être transcrits*. Nous savons que la dation en paiement est un de ces actes.

Dans un arrêt rendu, toutes Chambres réunies, le 13 mai 1844 (S. 44.1.429), la Cour de cassation semble bien s'être placée à ce point de vue; il s'agissait de l'abandon fait par un père à ses enfants d'immeubles de la communauté, pour leur tenir lieu des reprises de leur mère; c'est bien là une dation en paiement. La Cour de cassation a dit que c'était un acte de nature à être transcrit, et qu'il fallait appliquer l'article 54 de la L. du 28 avril 1816.

Donc, et en résumé, le droit à percevoir, dans le cas de dation en paiement, c'est le droit de transmission, et il n'est pas nécessaire pour établir cette règle de recourir à l'idée que la dation en paiement est une vente. Le droit sera donc de 5,5 pour 100, quant aux immeubles (art. 54, L. 28 avril 1816), de 2 pour 100, quant aux meubles, et de 1 pour 100,

quant aux créances (art. 69, § 3-3°, § 5-1°, L. du 22 frimaire an VII)[1].

118. — Complétons ceci par quelques observations :

1° Si différents objets ont été simultanément donnés en paiement pour l'extinction d'une même dette, le droit est perçu sur chacun d'eux pris séparément d'après sa nature propre. Il y aura d'ailleurs à tenir compte ici de l'article 9 de la loi de frimaire, pour le cas où la dation en paiement porterait à la fois sur des meubles et des immeubles.

2° Il n'y a pas à déduire du droit que nous venons de déterminer le droit qui avait déjà été perçu sur l'obligation originaire. La dation en paiement est un acte nouveau, distinct de la convention qui avait donné naissance à l'obligation. Si on admettait la déduction, il y aurait en réalité restitution du droit primitivement perçu, ce qui serait contraire au principe posé par l'article 60 de la loi de frimaire, et d'après lequel tout droit d'enregistrement régulièrement perçu ne peut pas être restitué[2].

3° Il résulte du même article 60 de la loi de frimaire que si le créancier vient à être évincé de la chose donnée en paiement, il n'y aura pas lieu à restitution, bien que la dation en paiement soit inefficace.

4° Enfin, il peut y avoir exemption des droits d'enregistrement, par exemple, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique (art. 58, Loi du 3 mai 1841). La Cour de cassation a décidé que le droit ne devait pas être perçu dans l'hypothèse de l'abandon d'un immeuble, consenti devant le jury par l'expropriant à l'exproprié, pour lui tenir lieu de tout

[1] Sans compter les décimes additionnels (V. L. 23 août 1871, art. 1er).

[2] Cass., 2 avril 1828, S. 28.1.225. — Diction. des droits d'enregistrement, v° *Dation en paiement*, n° 55.

ou partie de l'indemnité d'expropriation[1]. Cet arrêt indique avec raison, que l'exemption de droits n'est applicable, qu'autant que la dation en paiement intervient avant la fixation de l'indemnité par le jury d'expropriation. Si, en effet, il y a eu règlement de cette indemnité, on n'est plus en présence d'un acte fait en vertu de la loi du 3 mai 1841, et on est en dehors des termes de l'article 58 de cette loi; s'il est convenu que l'exproprié recevra un immeuble en paiement de l'indemnité d'expropriation, c'est là une convention tout à fait nouvelle pour laquelle le droit de transmission devrait être perçu.

119. — Nous avons jusqu'à présent supposé une dation en paiement intervenue dans les conditions ordinaires. Mais il se peut que les parties aient donné à l'opération la qualification de vente; il est évident qu'alors le raisonnement des auteurs et de la jurisprudence est très-exact, puisque les parties ont voulu faire une véritable vente.

Supposons que les parties se soient simplement bornées à faire une promesse de dation en paiement. D'après une délibération du 26 août 1813[2], cette promesse est passible immédiatement du droit de vente. En effet la promesse de dation en paiement équivaut à une promesse de vente, et la promesse de vente vaut vente, aux termes de l'article 1589. Nous ne pouvons interpréter ainsi la convention de *dare in solutum;* pour nous cette convention implique simplement une *facultas solutionis* laissée au débiteur (*suprà*, n° 29). Le débiteur conserve toujours le droit de se libérer en exécutant l'obligation primitive; il n'y aura véritablement dation en paiement que quand la nouvelle promesse aura été exécutée; c'est alors seulement que le droit de transmission pourra être perçu.

[1] Cass., 23 février 1870, S. 70.1.224.

[2] *Journal d'enreg.*, n° 4606.

Nous savons d'ailleurs que les parties peuvent déclarer que la promesse de dation en paiement entraînera à elle seule, et indépendamment de toute exécution, extinction de la dette. Si cette promesse a pour objet de donner un corps certain, elle est dès à présent translative de propriété (art. 1138, C. civ.), et dans cette hypothèse, mais dans cette hypothèse seulement, le droit de transmission pourra être perçu immédiatement.

120. — Nous avons constaté ailleurs qu'il n'était pas nécessaire que la chose donnée en paiement fût exactement d'une valeur égale au montant de la dette à éteindre; qu'elle vaille plus ou qu'elle vaille moins, la dette n'en est pas moins anéantie, et pour le tout. De là une question délicate. Sur quelle valeur le droit d'enregistrement doit-il être calculé? Est-ce sur le montant de la dette à éteindre; est-ce sur la valeur estimative de la chose fournie?

Supposons d'abord que la valeur de la chose donnée en paiement soit supérieure au montant de la dette; si cela est constaté d'une manière quelconque, le droit d'aliénation sera perçu d'après le montant de la dette, et il sera dû un droit de donation pour le surplus. Et même s'agissant d'un immeuble, l'administration pourra requérir une expertise, pour le faire estimer à sa juste valeur (art. 17, L. 22 frimaire). Aucune difficulté ne s'est élevée en pratique, sur cette première hypothèse.

Mais la chose donnée en paiement vaut moins que le montant de la dette à éteindre, et, en fait, c'est ce qui arrivera assez souvent, car la dation en paiement suppose que le débiteur est dans une situation embarrassée, et que le créancier se contente de la chose que lui offre le débiteur, pour ne pas être exposé à perdre toute sa créance. L'administration de l'enregistrement soutient qu'alors il faut s'attacher au montant de la dette, alors même que la valeur de la chose

donnée en paiement serait sensiblement inférieure. Elle invoque l'article 14-3°, de la loi du 22 frimaire an VII, aux termes duquel le droit proportionnel est calculé pour les quittances *et tous autres actes de libération* sur le total des sommes ou capitaux dont le débiteur se trouve libéré[1]. Cette raison n'est pas déterminante. Il s'agit évidemment dans ce texte du calcul du droit de quittance; or, dans la dation en paiement, c'est le droit d'aliénation qui est perçu. En donnant cette solution, l'administration se contredit véritablement, car en matière d'antichrèse, elle admet le tempérament qu'elle repousse ici[2]. Pour nous, la solution doit être la suivante : le droit d'aliénation sera perçu sur la valeur de la chose donnée en paiement, valeur constatée par une déclaration estimative des parties (art. 16, L. de frimaire); si cette chose est un immeuble, et que la déclaration paraisse inférieure à la valeur vénale du fonds à l'époque de la dation en paiement, l'administration pourra provoquer une expertise, conformément à l'article 17 de la loi de frimaire. Et dans l'hypothèse où la valeur de la chose donnée en paiement est déclarée ou reconnue véritablement inférieure au montant de la dette, on peut dire qu'il y a remise de dette pour le surplus, et qu'il faut appliquer dans cette mesure le droit de remise de dette. Le tribunal de la Seine a décidé ainsi dans une hypothèse où les parties avaient expressément déclaré que la dette serait éteinte par la dation en paiement jusqu'à concurrence de la valeur de la chose;

[1] Délibérations du 6 août 1825 et du 6 septembre 1826; solution du 31 mai 1831, *Journ. d'enregistr.*, nos 8505, 10058. Dans le même sens, Tribunal d'Alais du 12 mars 1856, de Nevers du 16 décembre 1856.

[2] Dictionn. des droits d'enregistr., vo *Antichrèse*, 55, 56. Quand la valeur des biens donnés en antichrèse est notablement inférieure au montant de la créance, le droit n'est perçu que sur la valeur des biens engagés.

et le créancier avait fait remise au débiteur de ce qui lui restait dû. On ne voit pas pourquoi cette solution ne serait pas généralisée. Cette décomposition de l'opération me paraît de nature à concilier, au point de vue fiscal, les intérêts en présence[1].

121. — Par qui le droit ainsi déterminé devra-t-il être acquitté? L'article 31 de la loi du 22 frimaire an VII dispose que les droits de libération sont supportés par le débiteur, et que les droits de transmission de propriété sont supportés par les nouveaux possesseurs. Dans la dation en paiement, le droit perçu est un droit de transmission; c'est donc au créancier à acquitter ce droit en sa qualité d'acquéreur[2]. D'ailleurs il est facile de comprendre qu'en fait, le créancier, par une clause spéciale, rejettera le plus souvent ces droits à la charge du débiteur. S'il y avait eu remise d'une partie de la dette (hypothèse prévue au numéro précédent), le droit de remise devrait être acquitté par le débiteur, indépendamment de toute clause spéciale.

122. — Une question particulière s'est élevée en pratique, relativement aux frais de la dation en paiement, autres que les droits d'enregistrement, les frais d'acte, par exemple. Dans la vente, ces frais sont en principe à la charge de l'acheteur (art. 1593, C. civ.), mais ils peuvent être imposés au vendeur par le contrat, et alors on considère qu'ils correspondent à une augmentation corrélative du prix de vente; on les retranche du montant de ce prix pour la perception du droit de vente. Dans la dation en paiement, les frais sont à la

[1] Trib. de la Seine, 9 décembre 1859, *Journ. d'enreg.*, n° 17070. — MM. Championnière et Rigaud (n° 3215), s'attachent pour le droit à percevoir à la valeur de la chose. *Adde*, Dictionn. d'enreg., v° *Dation en paiement*, n°s 47, 48.

[2] Cass., 13 mai 1817, S. 17.1.249.

charge du débiteur (argt., art. 1248, C. civ.); on s'est demandé s'il ne fallait pas aussi en opérer la déduction pour le calcul du montant des droits à percevoir. La jurisprudence est divisée sur la question [1]. Pour ceux qui considèrent la dation en paiement comme une vente, l'extension de la solution admise en matière de vente s'impose au point de vue logique. L'administration de l'enregistrement elle-même, quoique cette décision lui soit défavorable, a dû s'y ranger [2]. Quant à nous, nous ne saurions nous placer sur ce terrain; il ne saurait être question de prix, puisqu'il n'y a pas de vente. Comment, dès lors, concevoir une déduction sur le prix? Le débiteur doit procurer au créancier le montant intégral de ce qu'il lui doit; les frais qu'il fait pour cela restent nécessairement à sa charge, et on ne peut pas dire que la valeur vénale de la chose donnée en paiement, sur laquelle se calcule le montant des droits à percevoir, que cette valeur soit augmentée à raison de ces frais. Il y a là deux ordres d'idées absolument différents; en matière de dation en paiement, il ne peut y avoir lieu à aucune déduction; et ceci nous montre que l'administration de l'enregistrement gagnerait peut-être à se placer au même point de vue que nous.

Notons, en terminant, que le jugement du tribunal de la Seine du 9 décembre 1859, que nous avons cité plus haut, n'est pas en contradiction avec notre solution; dans l'espèce, la dation en paiement avait été passée sous la forme d'une vente suivie de compensation.

123. — Les règles que nous venons de poser s'appliquent

[1] Pour la négative, Trib. de la Seine, 27 novembre 1850 (*Journ. d'enreg.*, n° 15096). — Trib. de Chaumont, 13 juillet 1859. — Trib. de Bordeaux, 15 décembre 1862. — Pour l'affirmative, Trib. de la Seine, 2 juin 1853, 9 décembre 1849 (*Journ. d'enreg.*, n° 17070).

[2] Solution de l'adm. du 4 décembre 1869, *Journ. d'enreg.*, n° 18723.

à toutes les hypothèses où l'on peut dire qu'il y a dation en paiement, et notamment au cas où la femme commune, créancière de reprises, se paie au moyen de prélèvements sur les biens de la communauté ou du mari; nous croyons en effet que cette opération constitue, pour la femme même acceptante, une véritable dation en paiement [1]. Le droit de mutation ne serait dû que pour la moitié de la valeur des objets prélevés. Il n'y a en effet transmission que pour cette moitié, puisque la femme est déjà copropriétaire par indivis des biens compris dans la masse commune.

D'un autre côté, il faut remarquer que la dation en paiement donnera lieu à autant de perceptions de droits qu'il y aura de transmissions impliquées par cet acte. Par exemple, je vous ai vendu un immeuble, et il est convenu que je le conserverai moyennant l'abandon d'un autre immeuble. Il y a là, en réalité, trois transmissions : celle qui est résultée de la vente primitive, conformément au principe de l'article 1138; la rétrocession de l'immeuble faite par l'acheteur au vendeur; enfin le transfert du second immeuble qui est donné en paiement. Il y aura donc lieu en principe à la perception de trois droits de mutation.

Nous n'admettrions d'exception à cette règle que tout autant que la convention nouvelle serait intervenue dans les vingt-quatre heures de la vente. On pourrait dire qu'il y a alors résiliement de la première vente, et par suite qu'il n'est dû aucun droit à raison de la rétrocession faite par le vendeur à l'acheteur [2]. Mais les deux autres droits devraient être perçus :

[1] Les auteurs et la jurisprudence se prononcent en sens contraire. V. Guillouard, *Tr. du contrat de mariage*, n° 968, II, p. 425.

[2] Art. 68, § 1, n° 40. L. 22 frimaire an VII. Dictionnaire d'enregistrement, v° *Résolution*, chap. II.

en ce qui concerne le droit qui est dû pour la transmission du second immeuble, cela est évident; et quant au droit dû pour la vente primitive, il est de jurisprudence que le résiliement dans les vingt-quatre heures n'affranchit pas du droit proportionnel l'acte résilié.

APPENDICE.

124. — Il nous reste maintenant à rechercher quels sont, dans notre législation, les différents cas de dation en paiement; s'il n'y a pas des hypothèses où la dation en paiement peut être imposée à l'une ou à l'autre des parties, et même où elle est complètement prohibée. Nous nous bornerons seulement à quelques indications : il est, en effet, telles des hypothèses, dont nous allons parler, qui demanderaient, pour être étudiées sérieusement, des développements considérables que le cadre de ce travail ne comporte pas.

Nous nous préoccuperons successivement :

1° Des cas où la dation en paiement se présente avec les caractères ordinaires que nous avons indiqués, et implique l'accord des volontés du débiteur et du créancier.

2° Des cas où le créancier peut se voir contraint de recevoir une chose autre que la chose due.

3° Des cas où le débiteur peut se voir obligé de fournir une chose autre que la chose due.

4° Des cas où la dation en paiement est prohibée.

L'énumération rapide que nous allons faire n'a pas d'ailleurs la prétention d'être complète.

I. Cas de dation en paiement volontaire.

125. — 1° *Donation rémunératoire*. — Après avoir étudié la dation en paiement, dans son *Traité du contrat de vente*,

Pothier, aux nos 608 et suiv., en rapproche la donation rémunératoire. « Lorsqu'une donation rémunératoire est faite « pour récompense de services mercenaires appréciables à « prix d'argent, et pour lesquels celui qui les a rendus aurait « action, afin d'en obtenir la récompense, si la valeur des « choses données n'excède pas celle des services, une telle « donation, quoique qualifiée de donation par l'acte qui en « a été passé, n'a de donation que le nom ; et c'est une véri- « table dation en paiement,... etc. » Il faudra donc appliquer à cet acte les règles que nous avons déterminées pour la dation en paiement. Supposons, par exemple, qu'il y ait éviction de la chose ainsi reçue ; l'*accipiens* aura un recours en garantie, et il pourra aussi faire valoir son action en rémunération des services rendus, laquelle n'est pas éteinte. S'il s'agit d'un immeuble, la transcription sera opérée en vertu de l'article 1er de la L. de 1855, et non pas en vertu des articles 939 et suivants du Code civil. Au point de vue de l'enregistrement, le droit à percevoir, ce serait le droit de transmission à titre onéreux, et non pas le droit de donation, etc., etc.

Si la valeur de la chose donnée excède celle des services, il y a dation en paiement pour partie, et libéralité pour le surplus. Il y aura alors à appliquer distributivement les règles de la dation en paiement et de la donation.

Si enfin les services n'étaient pas de nature à être appréciés à prix d'argent, il y aurait libéralité pour le tout, et il n'y aurait pas à se préoccuper des règles de la dation en paiement (Pothier, *loc. cit.*, n° 612).

126. — 2° Les conventions matrimoniales et le règlement de la situation pécuniaire des époux l'un à l'égard de l'autre peuvent donner lieu à des applications fréquentes de la dation en paiement. Nous en avons déjà rencontré de nom-

breux exemples; nous avons vu notamment que les articles 1406 et 1553 prévoyaient des hypothèses de dation en paiement. Voici un cas assez intéressant où la dation en paiement résulte de l'exécution du contrat de mariage lui-même.

D'après l'article 1500, al. 2, les époux, qui déclarent *mettre leur mobilier en communauté jusqu'à concurrence d'une certaine somme,* sont censés par là se réserver leur mobilier, en tant que la valeur de ce mobilier excède la somme fixée. Ce n'est pas à dire que l'époux qui a accompli l'apport reste propriétaire de cet excédent; du moment que l'on n'a pas désigné spécialement les meubles qu'il se réservait en propre, il faut décider que tout son mobilier, présent et futur, tombe dans la communauté, laquelle est simplement débitrice de ce dont la valeur de ce mobilier excède le montant de la somme apportée (art. 1503).

Pour expliquer la solution de l'article 1503, on a dit parfois que ce texte était l'application d'un principe plus général, emprunté à notre ancien droit, à savoir qu'il n'existe pas de propres mobiliers parfaits, et on a invoqué précisément l'article 1503 pour dire que notre droit ne reconnaissait que des propres mobiliers imparfaits; il faut étendre l'article 1503, a-t-on dit, et décider que la communauté devient, dans tous les cas, propriétaire des meubles restés propres aux époux, sauf à être débitrice de leur valeur estimative.

La solution de l'ancien droit n'est plus d'accord avec notre état économique actuel, où les meubles ont souvent une valeur considérable; elle est repoussée, à bon droit, par la jurisprudence et la majorité des auteurs. L'article 1503 doit être expliqué tout autrement. En promettant son mobilier jusqu'à concurrence d'une certaine somme, l'époux s'est constitué débiteur de cette somme, et on peut dire qu'il s'est ensuite acquitté envers la communauté, au moyen de la

dation en paiement de son mobilier[1]. La communauté, il est vrai, devient propriétaire du tout; mais c'est parce qu'il est impossible, en l'absence de toute indication dans le contrat de mariage, de dire quels meubles l'époux a voulu mettre en communauté, quels meubles il a entendu se réserver propres. Dans le doute, on décide que tous les meubles deviennent communs, sauf récompense pour l'excédent de valeur ainsi acquis à la communauté.

Débiteur de la somme promise, l'époux qui fait l'apport doit justifier que la valeur du mobilier qu'il donne en paiement est au moins égale à cette somme (art. 1501), et l'article 1502 indique par quels moyens la valeur du mobilier sera fixée. Il faut donc ici une estimation de la chose donnée en paiement; mais cette règle s'explique, nous le savons, par des considérations spéciales, et elle ne doit pas être généralisée (*suprà*, n° 55).

127. — 3° *Remploi.* — En soi, l'opération prévue par les articles 1434, 1435 constitue une véritable dation en paiement: l'immeuble de l'un des époux a été aliéné, le prix de vente est tombé en communauté, et l'époux est simplement créancier d'une reprise; un immeuble lui étant fourni en l'acquit de cette créance, il y a bien dation en paiement. Toutefois, il ne faut pas pousser trop loin cette idée, et en cas de remploi fait par le mari pour le compte de la femme, dans les conditions de l'article 1435, il serait inexact de dire d'une manière absolue, qu'il y a de la part du mari une offre de dation en paiement, que la femme peut accepter ou repousser. Le mari doit être considéré comme s'étant porté gérant d'affaires de la femme, et celle-ci, en acceptant l'immeuble, ratifie l'opération faite par son mari, de telle sorte qu'elle

[1] Aubry et Rau, § 522-3°, note 21, V, p. 468.

est censée avoir elle-même et dès le principe fait l'acquisition pour son compte[1]. Il n'en reste pas moins vrai, cependant, qu'en envisageant le patrimoine de la femme, un immeuble est venu remplacer la créance qu'elle avait contre la communauté.

A côté du remploi, nous devrions, pour être complet, étudier les trois cas exceptionnels dans lesquels l'article 1595, C. civ., autorise la dation en paiement entre les époux. Mais cette étude demande des développements dans lesquels nous ne pouvons entrer.

128. — 4° *Couvertures.* — Dans les marchés à terme, les agents de change ne reçoivent pas, lors de la conclusion du marché, les titres ou les sommes qui en font l'objet ; mais pour se garantir contre les risques d'insolvabilité de leurs clients, ils exigent ordinairement une couverture, c'est-à-dire la remise d'espèces ou de valeurs, grâce auxquelles ils se préserveront des pertes que les variations du cours pourraient leur faire subir. Supposons qu'à l'arrivée du terme, le client ne fournisse pas à l'agent de change le moyen d'exécuter le marché ; l'agent de change alors l'exécute lui-même aux frais de son client, et s'il subit une perte il se paie au moyen de la couverture. On s'est demandé si les couvertures étaient une constitution de gage, ou bien si elles ne formaient pas plutôt un paiement ou une dation en paiement anticipée.

L'intérêt pratique de la question est assez considérable. Si on dit, en effet, qu'il y a constitution de gage, il peut y avoir lieu, suivant les cas, de remplir les formalités des articles 2074 et 2075, C. civ. [2] ; et d'autre part l'agent de change pour se payer devrait se conformer aux formalités des articles 2078, C. civ.,

[1] Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, 1856, n^os^ 77 et suiv.

[2] La dette du client envers l'agent de change peut en effet n'être pas

ou 93, C. comm. Aucune de ces formalités n'est requise, si l'on dit qu'il y a paiement ou dation en paiement anticipée. En outre, si l'opération est un paiement ou une dation en paiement anticipée, il paraît bien que la répétition de la couverture sera impossible, conformément à la disposition de l'article 1967, C. civ.; si c'est une constitution de gage, le client pourra répéter, car on ne peut pas valablement garantir une dette de jeu, au moyen d'un gage. (Ce dernier intérêt n'existe plus guère, d'ailleurs, depuis la L. du 5 avril 1885).

Différents systèmes ont été proposés pour la solution de cette question[1]. Pour moi, je crois avec la jurisprudence qu'il y a paiement ou dation en paiement anticipée[2]. D'abord quand la couverture est faite en espèces, il est bien difficile de dire qu'il y a une mise en gage, et il est plus exact de considérer l'acte comme un paiement anticipé. Quand la couverture porte sur toute autre chose (titres au porteur ou titres nominatifs, valeurs à ordre, etc.), il faut dire de même qu'il y a dation en paiement anticipée. La doctrine contraire, qui aboutit à permettre au client de répéter la couverture, est injuste pour l'agent de change, et comme dit la jurisprudence, elle n'est pas conforme au sentiment de l'honnêteté commerciale.

129. — 5° *Cession de biens.* — La cession de biens c'est, d'après l'article 1265, C. civ., l'abandon qu'un débiteur hors d'état de payer ses dettes fait à ses créanciers de tous ses biens. Elle est volontaire ou judiciaire (art. 1266). Nous n'avons pas à nous préoccuper de la cession de biens judi-

commerciale, et alors les règles du Code civil sur la constitution de gage restent applicables. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, I, n° 690, p. 373, n° 1525 *bis*, note 3, p. 878.

[1] Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, p. 879.

[2] Cass., 27 novembre 1882, S. 83.1.211; Besançon, 27 décembre 1882 et Rennes, 7 décembre 1882, S. 83.2.129.172. Ces deux derniers arrêts ont été rendus dans des hypothèses de dation en paiement.

ciaire qui est un bénéfice légal accordé aux débiteurs malheureux, alors même que les créanciers ne voudraient pas l'accepter.

Mais la cession de biens volontaire peut présenter les caractères d'une véritable dation en paiement. Le plus souvent, le débiteur abandonne à ses créanciers la possession de ses biens en leur donnant mandat de les vendre pour se payer sur le prix. Mais il se peut aussi que le débiteur transfère aux créanciers la propriété des biens qu'il abandonne, et alors on est en présence d'une dation en paiement[1]. Cela, d'ailleurs, sera exceptionnel, et il faudra une déclaration expresse de volonté de la part du débiteur, pour que l'on admette la transmission des biens aux créanciers; il est facile de voir, en effet, que cette transmission est plus désavantageuse au débiteur que le mandat de faire vendre. Dans ce dernier cas, le débiteur est toujours propriétaire, et s'il reste quelque chose après que les créanciers auront été désintéressés, ce sera pour lui; d'un autre côté, jusqu'à la vente, il pourrait reprendre les biens, en payant intégralement ses dettes. Cela ne serait plus possible dans le cas de dation en paiement; celle-ci doit être expressément convenue, conformément à l'adage *alienatio non præsumitur*.

II. Cas dans lesquels le créancier peut se voir contraint de recevoir une chose autre que la chose due.

130. — Les cas dans lesquels il peut y avoir dation en paiement imposée au créancier sont assez nombreux dans notre droit.

Il faut citer tout d'abord les hypothèses de *facultas solu-*

[1] Aubry et Rau, § 781-1°, VIII, p. 495.

tionis légale. Nous avons vu que le créancier pouvait, soit au moment du contrat, soit postérieurement, accorder au débiteur la faculté de se libérer au moyen d'une chose autre que la chose due. Si le débiteur fournit cette autre chose, il y a dation en paiement; mais on ne peut pas dire que cette dation en paiement soit forcée pour le créancier, puisqu'il y a donné par avance son consentement. Mais la *facultas solutionis* peut résulter d'une disposition formelle de la loi; alors il est bien vrai de dire qu'elle peut être imposée au créancier. Voici un certain nombre d'hypothèses où il en est ainsi :

D'abord, l'article 1681, C. civ. permet à l'acheteur d'un immeuble, poursuivi en rescision par le vendeur, pour lésion de plus des sept douzièmes, d'échapper à la restitution de la chose en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total.

De même, en cas de demande en rescision d'un partage, le copartageant poursuivi peut arrêter les effets de la demande en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature (art. 891, C. civ.).

L'article 917 suppose un legs en usufruit ou en rente viagère; il est difficile d'apprécier quelle est au juste la valeur de cette disposition. Dépasse-t-elle ou non la quotité disponible? Entame-t-elle la réserve? On ne peut le savoir. La loi permet à l'héritier, dans le doute, de se libérer en faisant au légataire l'abandon de la quotité disponible. Cet abandon a lieu en pleine propriété, aux termes de l'article 917; il constitue bien une dation en paiement, et le légataire est obligé de s'en contenter.

D'après l'article 216, al. 2, C. com., le propriétaire d'un navire peut s'affranchir des obligations du capitaine, en faisant aux créanciers l'abandon du navire et du fret. C'est là l'exer-

cice d'une véritable *facultas solutionis;* débiteur d'une somme d'argent, le propriétaire du navire se libère en fournissant autre chose, et les créanciers ne peuvent refuser cette dation en paiement. Et conformément au droit commun de la dation en paiement, il faut décider que la propriété du navire est acquise aux créanciers [1].

Citons encore un règlement du 18 août 1825, spécial aux îles de Terre-Neuve, et autorisant le paiement en morue sèche des fournitures de pêche, et des billets ou obligations payables dans la colonie [2].

131. — On peut rapprocher des cas de *facultas solutionis* légale, l'hypothèse où, la loi ayant établi le cours forcé des billets de banque, les créanciers sont obligés de les recevoir en paiement. Cette situation a existé en France, à différentes époques, notamment après la Révolution de 1848, et après les douloureux événements de 1870.

Une loi du 12 août 1870 est venue donner cours forcé aux billets de la Banque de France. L'article 1er de la loi portait que ces billets seraient reçus comme monnaie légale par les caisses publiques et les particuliers (*cours légal*) ; l'article 2 dispensait la Banque de l'obligation de rembourser ses billets en espèces (*cours forcé*). Conformément à l'article 28 de la loi budgétaire du 3 août 1875, le cours forcé a été supprimé à partir du 1er janvier 1878. Mais il faut bien remarquer que la loi de 1875 n'abroge que l'article 2 de la loi du 12 août 1870, de telle sorte que les billets de la Banque de France ont conservé cours légal et ne peuvent par conséquent être aujourd'hui refusés dans les paiements. On ne peut guère

[1] Lyon-Caen et Renault, nos 1660 et suiv., no 1678 notamment; II, p. 57 et suiv.

[2] Pour les détails, v. Dalloz, *Répert.*, vo *Obligation*, no 1751; Cpr. no 1750.

soutenir qu'il y ait là une *facultas solutionis* imposée par la loi. En l'état actuel de nos mœurs, les paiements en billets de banque sont acceptés avec la même confiance que les paiements en numéraire; c'est comme si le créancier recevait des espèces, puisqu'il peut s'en procurer immédiatement, les billets étant remboursables à présentation.

Sous le régime du cours légal des billets de banque, tel qu'il existe aujourd'hui, rien n'empêcherait le créancier de stipuler un paiement en or ou en argent; ce serait là une convention parfaitement licite, et qui devrait être exécutée (art. 1243, C. civ. et 143, C. com.). Mais la même solution n'aurait pas été admissible de 1870 à 1878, sous le régime du cours forcé; et c'est avec raison que la Cour de cassation a, à cette époque, considéré comme nulle la clause portant que le paiement ne pourrait être effectué qu'en espèces métalliques[1]. La loi établissant le cours forcé est en effet une disposition d'ordre public à laquelle la convention des parties ne peut pas déroger. Avant 1878, le débiteur pouvait donc s'acquitter en billets de banque, bien qu'il se fût engagé à fournir des espèces : c'était là véritablement une dation en paiement forcée pour le créancier.

132. — Les hypothèses que nous venons de prévoir ne sont pas les seules où une dation en paiement puisse être imposée au créancier. On peut citer encore l'article 1291, al. 2, du C. civ., en matière de compensation. La compensation légale est possible d'après ce texte entre une dette de somme d'argent et une dette de denrées dont le prix est réglé par des mercuriales : le créancier de somme d'argent doit donc se contenter d'autre chose que ce qui lui est dû, et réciproquement. Cette disposi-

[1] Cass., 11 février 1873, S. 73.1.97. Cet arrêt donne même effet rétroactif à la loi du 12 août 1870. Sur tous ces points, V. Lyon-Caen et Renault, nos 1407 et suiv., I, p. 786 et suiv.

tion se justifie sans doute par la considération que la valeur des denrées peut être exactement fixée et qu'elles sont facilement convertibles en argent ; ce n'en est pas moins un cas de dation en paiement forcée.

Nous pouvons également rapprocher les hypothèses où le débiteur est dans l'impossibilité d'exécuter l'obligation, par suite d'un fait qui lui est imputable, par exemple, quand la chose a péri ou a été perdue par la faute du débiteur, ou lui étant en demeure. Le débiteur alors n'est pas libéré (art. 1302) ; mais il est évident que l'obligation ne pourra plus être exécutée ; le créancier devra donc se contenter d'un équivalent, sauf les dommages-intérêts qui pourraient lui être dus, à raison du préjudice que la non exécution lui cause. Voyez encore dans le même ordre d'idées, ou dans des ordres d'idées voisins, les articles 1245, 1903, C. civ., 129, C. pr. civ., 1242, C. civ., etc.

III. Cas dans lesquels le débiteur peut être contraint de fournir une chose autre que la chose due.

133. — 1° Le créancier gagiste, non payé à l'échéance, a, indépendamment du droit de faire vendre qui appartient à tout créancier, *le droit de conserver l'objet du gage en paiement* jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts (art. 2078, C. civ.). C'est là une dation en paiement, puisque la dette est éteinte par l'attribution au créancier d'une chose autre que la chose due, et c'est une dation en paiement forcée pour le débiteur, car il ne pourrait l'empêcher qu'en acquittant le montant intégral de la dette, ce qui lui est sans doute impossible. La loi a considéré qu'il valait mieux consacrer ce procédé, qui entraîne moins de frais qu'une vente judiciaire et permet d'attribuer à la chose son juste prix.

Il faut un jugement pour que le créancier puisse ainsi conserver la chose, objet du gage, et il faut une estimation de cette chose par des experts. Ces conditions remplies, le créancier devient propriétaire de la chose engagée et le débiteur ne peut plus la reprendre en offrant d'acquitter la dette; seulement, si l'estimation est supérieure à la somme due, le créancier devient débiteur de l'excédent.

Notons que cette opération est une dation en paiement véritable et non pas une vente; l'estimation, nous le savons, ne suffit pas à elle seule pour changer la nature de la dation en paiement. Si nous supposons donc que le créancier gagiste soit évincé de la chose reçue en paiement (ce qui sera rare, art. 2279), il n'aura pas seulement un recours en garantie; il aura le droit d'agir en vertu de son action primitive qui n'a pas été éteinte. Il peut cependant y avoir vente dans une certaine mesure. Supposons qu'une soulte soit due par le créancier au débiteur. Alors il y a vente pour la partie de la chose que représente cette soulte, et le débiteur gagiste, créancier de la soulte, pourrait se prévaloir du privilège du vendeur (art. 2102); il pourrait même invoquer le droit de résolution pour défaut de paiement du prix, à supposer, ce que je crois, que ce droit existe dans les ventes de meubles (art. 1654)[1].

En matière d'antichrèse, l'article 2088 ne donne aux créanciers que le droit de poursuivre l'expropriation forcée de l'immeuble. Les parties sans doute pourraient convenir que le créancier aura le droit de faire ordonner par justice que l'immeuble lui demeurera en paiement, suivant une estimation à faire par experts. Mais alors on ne peut pas dire qu'il y a

[1] Sur tous ces points, V. Colmet de Santerre, VIII, 304 *bis*-II à VIII, p. 375 et suiv.

dation en paiement imposée par la loi au débiteur, puisqu'il est intervenu une convention expresse.

134. — 2° *Prélèvements.* — Après acceptation de la communauté, la femme commune, créancière de reprises, peut se payer au moyen de prélèvements sur les biens de la communauté (art. 1471, C. civ.), et il semble, bien que l'article 1471 ne le dise pas, que le même droit appartienne au mari, créancier de récompense.

On a beaucoup discuté et on discute encore sur la véritable nature qu'il faut attribuer aux prélèvements. Le système qui semble l'emporter aujourd'hui, tant en jurisprudence qu'en doctrine, c'est de considérer cette opération comme complexe : l'époux, qui exerce ses reprises par voie de prélèvements, agit à la fois comme créancier et comme copartageant[1]. Sans entreprendre la réfutation de ce système, je ne le crois pas fondé. Pour moi, c'est simplement en qualité de créancier, que l'époux exerce ses reprises; les prélèvements ne sont pas autre chose qu'un mode de règlement de cette créance; ils constituent une dation en paiement.

Mais c'est une dation en paiement d'une nature particulière, en ce sens qu'elle est dans une certaine mesure forcée pour le conjoint de l'époux créancier de reprises. Quant à l'époux créancier, la disposition de l'article 1371, al. 2, constitue pour lui une simple faculté; et il lui est toujours possible de se prévaloir du droit commun des créanciers[2], c'est-à-dire de faire saisir et vendre les biens de la communauté jusqu'à due

[1] V. notamment Poitiers, 21 mai 1884, S. 86.2.89. — Cpr. Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, I, n° 383 (v° cependant II, n°s 1068 et suiv.); Aubry et Rau, § 511-3°, note 13 surtout, V, p. 357 et suiv.; Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, n°s 918 et suiv., II, p. 387 et suiv. — Cpr. aussi, Le Courtois, *De la restitution de la dot*, Thèse, 1864, p. 118 et suiv.

[2] Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, n° 951, II, p. 411, 412. La jurisprudence est en ce sens.

concurrence. Mais l'autre époux ne pourrait pas contraindre son conjoint à recourir à ce procédé; décider autrement serait enlever toute portée pratique à la règle posée par l'article 1471. Le seul droit qui appartienne à cet époux, c'est d'offrir le paiement intégral en argent du montant des reprises. Et encore ce droit lui est-il contesté par quelques auteurs [1].

En somme, les prélèvements sont un procédé de règlement très-équitable et qui permet d'éviter la vente des biens de la communauté; seulement, il est toujours loisible aux époux de s'y soustraire et de revenir à l'application du droit commun. Cela est vrai du conjoint de l'époux créancier, comme de cet époux lui-même. Mais le conjoint ne peut écarter la prétention de l'époux créancier, qu'en lui payant directement ses reprises; il ne pourrait pas le contraindre à recourir à la voie de la saisie et de la vente des biens de la communauté, et c'est en ce sens que l'on peut dire que les prélèvements constituent pour lui une dation en paiement forcée.

IV. Cas où la dation en paiement est prohibée par la loi.

135. — La dation en paiement est prohibée à l'égard de certaines personnes, eu égard à la situation spéciale dans laquelle elles se trouvent.

1° Elle est interdite d'abord *entre époux*. L'article 1595 ne le dit pas expressément, mais le suppose. Après avoir prohibé la vente entre époux, l'article 1595 énumère trois hypothèses où la dation en paiement est exceptionnellement

[1] Dans le sens indiqué au texte, Aubry et Rau, § 511-4°, note 26, V, p. 362; Guillouard, n° 953, II, p. 413. — *Contrà*, Laurent, XXII, n° 512, p. 533.

autorisée. Cela prouve bien que la dation en paiement tombe en principe sous le coup de la prohibition. En dehors des trois cas indiqués par l'article 1595, le dation en paiement est *nulle,* au moins d'après la théorie qui prévaut en jurisprudence et en doctrine, et la nullité peut être invoquée par les époux, par leurs héritiers, ou leurs créanciers respectifs, car la prohibition est écrite, nous le savons, dans l'intérêt des uns et des autres.

2° La dation en paiement est impossible aux personnes *en état de faillite,* comme tous les actes juridiques quelconques. Une dation en paiement, faite même avant le jugement déclaratif, serait nulle au regard de la masse des créanciers, si elle était accomplie dans la période dite de cessation de paiements, ou dans les dix jours précédents, qu'elle ait eu pour but l'acquittement d'une dette non échue ou d'une dette échue (art. 446, C. com.). Sans insister sur cette prohibition spéciale, remarquons que la loi assimile ici aux paiements en espèces les paiements en effets de commerce. Quand un débiteur s'acquitte en effets de commerce, il fait pourtant une dation en paiement véritable.

136. — 3° Enfin, la loi prohibe non pas la dation en paiement elle-même, mais la promesse de dation en paiement, insérée, sous forme de *pacte commissoire,* dans un contrat de constitution de gage ou d'antichrèse (art. 2078, 2088, C. civ.; art. 93, *in fine,* C. com.).

Le pacte commissoire, c'est la convention d'après laquelle la chose donnée en gage ou en antichrèse devra appartenir de plein droit au créancier, si la dette n'est pas payée à l'échéance; cette convention est éminemment dangereuse pour le débiteur. Au moment où il emprunte, et veut constituer un gage pour sûreté de cet emprunt, il est entièrement sous la domination du prêteur; il subit la loi que celui-ci

veut lui faire, et il est à craindre qu'il ne se laisse imposer cette clause, qui peut être ruineuse pour lui, aveuglé qu'il est par le pressant besoin d'argent où il se trouve, et illusionné sur la possibilité de rembourser à l'échéance la somme qu'il emprunte. Notre ancien droit, à l'exemple du droit romain, avait prohibé cette clause, qu'il considérait avec raison comme tout à fait propre au développement de l'usure [1]. La prohibition est de là passée dans notre Code civil. Mais quelle en est la portée exacte, voilà ce que nous devons maintenant examiner.

137. — On considère généralement comme valable la convention d'après laquelle la chose restera acquise au créancier gagiste ou antichrésiste, d'après une estimation à faire par experts [2]. Alors, en effet, le danger de spoliation sur lequel est fondée la prohibition ne sera plus à craindre; l'expertise est une garantie que le créancier n'obtiendra pas en paiement une chose d'une valeur supérieure au montant de la dette. On a dit que cette attribution au créancier constituait une vente suivie de compensation; mais j'ai déjà indiqué que cette idée ne nous paraissait pas exacte (*suprà*, n° 133).

Une fois l'échéance arrivée, le débiteur pourrait très-bien remettre en paiement au créancier l'objet du gage, ou bien lui en passer vente, en compensant le prix avec le montant de la dette. Le débiteur alors n'est plus sous l'empire de la contrainte morale où il se trouvait lors de la constitution du gage. On ne pourrait pas tirer argument en sens contraire de la solution donnée par l'article 2078, al. 1[er] : ce texte suppose une attribution du gage faite au créancier contre la volonté du débiteur.

138. — Mais le pacte commissoire proprement dit ne

[1] Pothier, *Du nantissement*, n° 18.

[2] Pothier, *loc. cit.*, n° 15.

pourrait-il pas intervenir dans l'intervalle qui s'écoule entre la mise en gage (ou la constitution d'antichrèse) et l'échéance. La question est controversée. Pour soutenir que la *lex commissoria* est interdite en ce cas, on dit que, même après le contrat d'emprunt et la constitution du gage, les motifs qui ont fait établir la prohibition subsistent toujours; on ajoute que si la clause était alors permise, l'article 2078 serait facilement éludé, les parties n'ayant qu'à introduire après coup, dès le lendemain peut-être, un pacte commissoire déjà convenu au moment du contrat.

La jurisprudence admet avec raison la validité du pacte commissoire, convenu postérieurement à l'acte de constitution du gage. Le débiteur en effet n'est plus alors soumis à la même contrainte morale; il n'est plus dominé par le créancier; sa volonté est désormais complètement libre; il peut parfaitement refuser de consentir à la clause si elle lui paraît trop contraire à ses intérêts. S'il l'accepte, c'est sans doute qu'elle n'est pas désavantageuse pour lui, et qu'il y trouve des facilités pour arriver à sa libération. Le danger que l'on redoute, de voir s'introduire après coup un pacte commissoire déjà convenu lors du contrat, est purement chimérique; du moment que le débiteur a obtenu ce qu'il voulait, qu'il a, par exemple, les deniers qu'il désirait emprunter, il y regardera à deux fois avant de signer cette convention, et il ne la ratifiera pas si la valeur de la chose donnée en gage est par trop supérieure au montant de la dette.

Les parties pourraient aussi convenir, après l'acte de constitution du gage, que le créancier aura le droit de procéder à l'amiable à la réalisation de la chose engagée : c'est en somme un mandat de vendre qui est ainsi donné, mandat essentiellement révocable, et par suite sans danger pour le

débiteur, dit la jurisprudence [1]. Il n'y a plus alors dation en paiement, et nous n'avons pas à nous préoccuper de cette solution; si nous la signalons, c'est pour indiquer combien la jurisprudence se montre large en cette matière, et combien elle est favorable au maintien et au respect des conventions privées.

[1] Cpr. sur la jurisprud., Cass., 25 mars 1835, S. 36.1.110; Cass., 22 mai 1855, S. 56.1.123.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. Une estimation de la chose donnée en paiement n'est pas nécessaire pour que la *datio in solutum* produise son effet. S'il y a en fait estimation, cela ne modifie nullement la nature de la dation en paiement (nos 58 et suiv. de la thèse romaine).

II. La dation en paiement n'est pas rescindable pour cause de lésion (n° 65).

III. Le créancier évincé de la chose reçue en paiement peut exercer son recours : 1° par l'action *utilis ex empto;* 2° par l'action de sa créance primitive. Il n'a pas seulement le droit de choisir entre ces deux actions; il peut les cumuler jusqu'à concurrence de la condamnation la plus élevée (nos 98 et suiv.).

IV. Le dol de l'une des parties n'empêche pas la dation en paiement de produire son effet extinctif; la victime du dol n'a que les voies ordinaires de recours, et elle ne peut pas invoquer la nullité de l'opération (nos 87 et suiv.).

V. La dation en paiement est susceptible de donner lieu à l'application de l'action paulienne (n° 123).

VI. La question de savoir si le pacte de constitut laisse ou non subsister l'obligation primitive doit se résoudre d'après l'intention des parties.

VII. La mauvaise foi de l'*accipiens* n'est pas un obstacle à la translation de propriété.

VIII. A l'époque classique, le possesseur de bonne foi gardait tous les fruits perçus avant la *litis contestatio;* à partir de Dioclétion, le possesseur de bonne foi fut tenu de rendre les *fructus exstantes.*

DROIT FRANÇAIS.

I. La dation en paiement est un mode de paiement; ce n'est ni une vente ni une novation (chap. **1er** de la thèse française).

II. La promesse de dation en paiement produit des effets plus ou moins étendus, suivant la volonté des parties : si cette volonté ne peut être déterminée, il faut interpréter la promesse dans le sens d'une *facultas solutionis* laissée au débiteur (nos **24** et suiv., nus **28** et suiv.).

III. Quand la dation en paiement a eu pour objet une chose dont le débiteur n'était pas propriétaire, elle est nulle et le débiteur lui-même peut se prévaloir de la nullité (no **67**).

IV. Il n'y a pas lieu, en matière de dation en paiement, à l'application de la garantie des vices cachés (no **104**).

V. L'immeuble, donné en paiement d'une créance restée propre à l'un des époux, tombe dans la communauté (no **106**).

VI. Le pacte commissoire n'est prohibé que dans l'acte constitutif de gage ou d'antichrèse; il pourrait valablement intervenir dans l'intervalle qui s'écoule entre cet acte et l'échéance de la dette (no **136**).

VII. L'époux qui exerce ses reprises au moyen de prélèvements les exerce en qualité de créancier; il n'agit ni comme copropriétaire ni comme copartageant (no **134**).

VIII. La femme séparée de biens peut aliéner son mobilier, sans l'autorisation de son mari.

IX. La loi du 27 février 1880 n'a pas modifié la règle d'après laquelle le tuteur peut faire, seul et sans aucune autorisation, emploi des capitaux du mineur ou de l'interdit.

X. Dans la délégation parfaite, le délégataire, qui a réservé ses droits pour le cas d'insolvabilité du délégué (art. 1276), n'a pas seulement un recours en garantie contre le délégant; il peut exercer son action originaire et se prévaloir des sûretés accessoires qui y étaient attachées.

XI. Dans notre droit, comme en droit romain, l'absence de cause n'est pas un obstacle à la translation de propriété.

DROIT COMMERCIAL.

I. La remise de sommes ou de valeurs à titre de couverture, faite à un agent de change par son client, doit être considérée comme un paiement ou une dation en paiement anticipée (n° **128**).

II. La loi du 8 avril 1885 n'établit qu'une simple présomption de validité des marchés à terme; s'il est démontré que l'intention des parties a été de jouer ou de parier, les articles 1965 et 1967, C. civ. redeviennent applicables (n° **33**).

III. Le consentement du mari est indispensable pour habiliter la femme à faire le commerce; il ne pourrait pas être suppléé par l'autorisation de justice.

DROIT FISCAL.

I. Dans un acte contenant plusieurs dispositions, le droit à percevoir se calcule sur celle qui s'éloigne le plus de la nature de l'argent : ainsi, en matière de dation en paiement, c'est le droit de transmission qui doit être appliqué (n°s **116-117**).

II. Le droit à percevoir est déterminé par la valeur de la chose donnée en paiement, et non par le montant de la créance (n° 120).

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

I. C'est la loi nationale du *de cujus* qui doit régir la dévolution de sa succession.

II. La règle *locus regit actum* est facultative.

Vu par le Président de la thèse,

LE COURTOIS.

Vu et approuvé :

Le Doyen,

LÉOPOLD THÉZARD.

Vu et permis d'imprimer :

Pour le Recteur en tournée,

L'Inspecteur d'académie délégué,

BELLANGER.

TABLE.

Pages

BIBLIOGRAPHIE 2

INTRODUCTION 5

THÈSE ROMAINE.

CHAPITRE I. — Nature de la dation en paiement 10

I. Système adopté 11
II. Réfutation des systèmes contraires 25
III. Suite 41

CHAPITRE II. — Eléments de la dation en paiement 58

Section I. De la dette a éteindre 59
Section II. Quelles choses peuvent être données en paiement 71
Section III. Des pouvoirs et de la capacité nécessaires en matière de dation en paiement 91
§ 1. Qui peut faire une dation en paiement 92
§ 2. Qui peut recevoir une dation en paiement 100
Section IV. Du consentement des parties 107

CHAPITRE III. — Effets de la dation en paiement 127

Section I. Effets produits entre les parties 127
Section II. Effets à l'égard des tiers 166

APPENDICE 171

I. Cas dans lesquels le créancier est obligé de recevoir autre chose que ce qui est dû 171
II. Cas où la dation en paiement est prohibée 175

THÈSE FRANÇAISE.

Pages.

Chapitre I. Nature de la dation en paiement 179

Chapitre II. Eléments de la dation en paiement..... 217

Section I. De la dette à éteindre 217

Section II. Quelles choses peuvent être données en paiement.... 241

Section III. Des pouvoirs et de la capacité nécessaires en matière de dation en paiement..... 257

§ 1. Qui peut faire une dation en paiement..... 257

§ 2. Qui peut recevoir une dation en paiement 267

Section IV. Du consentement des parties 275

Chapitre III. — Effets de la dation en paiement..... 283

Section I. Extinction de la dette..... 284

Section II. Effet translatif de la dation en paiement..... 300

§ 1. Entre les parties..... 301

§ 2. A l'égard des tiers..... 320

Section III. De la dation en paiement au point de vue des droits d'enregistrement 327

Appendice..... 339

I. Cas de dation en paiement volontaire..... 339

II. Cas où le créancier peut être contraint de recevoir une chose autre que la chose due..... 345

III. Cas dans lesquels le débiteur peut être contraint de fournir une chose autre que la chose due..... 349

IV. Cas où la dation en paiement est prohibée par la loi..... 352

Positions..... 357

BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatives à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (Statuts du 9 avril 1825, art. 41), mais non des opinions purement juridiques, dont la responsabilité est laissée aux candidats.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur toutes les matières de l'enseignement.

LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, PARIS

OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION

BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.